REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXVII

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

SEGUNDA 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
(SEGUNDA 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 Mejía - Secretario
Luis Antonio Montañez - Secretario

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

SALA LABORAL

Doctores: JORGE IVAN PALACIO PALACIO - Presidente

Javier Antonio Fernández Sierra - Secretario
Gladys Castaño de Ramírez - Secretaria (E.)
Luz Emilia de Molina - Secretaria

MAGISTRADOS

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

SALA PENAL

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

MAGISTRADOS

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

RELATORAS

SALA LABORAL

Doctora: Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctoras: Myriam Forero de Pardo
Liliana Polanía Alvarez (E.)

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 (E.)
RELATORA SALA LABORAL	Dra.	Esperanza Inés Márquez Ortiz
RELATORA SALA PENAL	Dra.	Ayda Lucy López de Giraldo
RELATORA TUTELAS	Dra.	Piedad Arcila Espinosa

TOMO CCXXVII - Santafé de Bogotá, D. C., Colombia - octubre a diciembre de 1993 - Número 2466

PECULADO POR APROPIACION / ANTIJURIDICIDAD / CULPABILIDAD

1. Con el delito de peculado se resguarda y protege -en el sentido más amplio de la expresión- los intereses relativos a la Administración Pública que se ven menoscabados cuando el sujeto agente se apropia abusivamente de bienes pertenecientes al Estado cuya administración o custodia se le ha confiado por razón de su oficio o servicio. La comisión de este delito se atribuye a título de dolo como forma exclusiva del tipo subjetivo del injusto. / 2. La antijuridicidad como parte y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues, en esta concepción, la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo protegidos por las normas jurídicas. / 3. Cierto es que el numeral 4 del artículo 40 del C. de P., consagra como causal de inculpabilidad el denominado error de tipo para quien "obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal". Defínese esta especie de error o estado de conciencia como la que recae sobre los caracteres o circunstancias que componen el tipo penal como sobre sus elementos normativos a diferencia del error de prohibición que tiene que ver con la significación antijurídica de la conducta o injusto de hecho por creer el autor que éste no está prohibido o por creerse legitimado para hacerlo. / El error sobre un elemento integrante de la infracción -como doctrinariamente se ha aceptado con toda unanimidad- debe ser esencial para excluir el aspecto cognoscitivo del dolo y por ende, la responsabilidad penal. Pero, además, para que el error esencial excluya totalmente esa responsabilidad hácese menester que sea invencible, esto es, que elimine tanto el dolo como la culpa ya que se trata de un error insuperable para el sujeto conforme a las circunstancias concretas

en que actuó. Y que el error vencible únicamente elimina el dolo mas deja subsistente la culpa y por tanto la exigencia de una responsabilidad criminal a este título, obviamente cuando en el hecho concurren todos los elementos constitutivos de la conducta culposa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 5005

Magistrado Ponente Doctor: *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 85 de septiembre 16 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de octubre 1993.

Vistos

Agotado el trámite procesal de rigor, es deber de la Corte proferir la sentencia que corresponda en el caso del doctor Hernando Rosas Pulido ex cónsul de Colombia en Toronto (Canadá), con relación a los cargos que le fueron atribuidos en el auto de resolución de acusación proferido en su contra por el delito-tipo de peculado por apropiación.

No se advierte causal alguna de nulidad que invalide la actuación. Es hora pues, de resolver lo que en derecho corresponda.

Hechos

Vienen expuestos, así:

El doctor Hernando Rosas Pulido, fue designado Cónsul General de Colombia en la ciudad de Toronto (Canadá), cargo del cual tomó posesión el día primero (1°) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y permaneció hasta el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), fecha de su retiro. En ejercicio de su actividad diplomática hacia el mes de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), adquirió con dineros oficiales, algunos bienes muebles, entre ellos, dos (2) máquinas de escribir, marca "Panasonic", números KX-E708-4KQ02A01061 y KX-E603-50Q04A01122, y una máquina fotocopiadora, de la misma marca número FP131OR-DED6100626, habiéndose apropiado de las dos últimas, sin razón que justificara su ilícito proceder.

Sinopsis Procesal

En anterior oportunidad los resumió esta Sala de la Corte de la siguiente manera:

"... Como atrás se anotara el doctor Hernando Rosas Pulido en ejercicio de la actividad consular, compró con dineros oficiales, dos (2) máquinas de escribir, y una (1)

fotocopiadora, según marca y referencias conocidas, apropiándose irregularmente de dos (2) de los objetos reseñados. La Procuraduría General de la Nación, previa investigación de carácter disciplinario, lo sancionó con solicitud de destitución del cargo, ordenando compulsar copias con destino a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para indagar "...una posible infracción a las normas penales...", según Resolución número 038 de catorce (14) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, confirmada el día seis (6) de diciembre siguiente, por el señor Procurador General de la Nación. La impetrada destitución fue dispuesta por la Presidencia de la República mediante Decreto No. 0965 de mayo siete (7) de mil novecientos noventa (1990).

Con base en dichas copias, esta Sala, luego de ordenar la práctica de algunas diligencias preliminares, inició la correspondiente investigación penal, por auto de septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa (1990).

Se allegaron numerosas pruebas, entre las cuales cabe destacar las declaraciones de Rosa Amelia Suárez Melo y María Magdalena Parra Pinzón quienes para la época de los hechos desempeñaron los cargos de Cónsul de Segunda y secretaria, respectivamente, del Consulado General de Colombia en Canadá. Dice la primera de las deponentes que si bien conoció al doctor Rosas Pulido -en su condición de Cónsul General-, por haberle dado posesión a ella en el curso del año de mil novecientos ochenta y seis (1986), en el cargo referido, sabe que quien manejaba la destinación de los fondos oficiales girados a esta legación, era el doctor Rosas Pulido, en su carácter de Cónsul General, ignorando por completo lo referente a la adquisición de máquinas de escribir y fotocopiadora, la apropiación de dos (2) de estos objetos por parte del funcionario consular, como también del inventario entregado al Cónsul entrante doctor Eduardo Osorio Muñoz, por el Cónsul saliente, Hernando Rosas Pulido. Sostiene la segunda que cuando tomó posesión del cargo de auxiliar administrativa bilingüe, en febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), se encontraban al servicio del Consulado las dos (2) máquinas de escribir y la fotocopiadora. Que fue hasta el retiro del doctor Rosas Pulido

Clausurada la investigación y corridos los términos de ley, se calificó el mérito de las diligencias sumarias con resolución acusatoria creciente proveído calendado a octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991) por el delito de peculado por apropiación. En firme esta decisión y superada la etapa probatoria del juicio se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública.

En el debate oral intervinieron tanto el señor Fiscal como el Procurador Delegado en lo penal y naturalmente, el defensor del procesado ausente.

1. *Intervención del Delegado del Fiscal General de la Nación*

Solicita el proferimiento de sentencia condenatoria. Advierte que la esencia de los cargos se encuentra en la prueba documental y que los hechos son claros y se hallan corroborados por la versión que rindiera el acusado ante la Procuraduría. A continuación aclara que "...con certeza se ha establecido que el pago total fue de cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro dólares (US$4.654) por parte del consulado..." de los cuales el señor cónsul pagó mil quinientos noventa y cinco dólares canadienses (US$CI.595.00). Concluye entonces, que a su juicio se encuentra clara la materialidad del delito de peculado; y el dolo en el comportamiento, teniéndose en cuenta que Rosas Pulido no le

contó a su sucesor sobre los aludidos títulos circulatorios, y luego, ante su requerimiento, le aseveró que la empresa había retirado las máquinas, apareciendo tres meses después con una constancia en la que se menciona que el Consulado estaba a paz y salvo con la empresa. Ello lo lleva a deducir que "...cuando el sindicado se enteró que faltaban unos dineros pagó los mil quinientos noventa y cinco ($CA.1.595.00) dólares y afirmó que ya el Consulado estaba a paz y salvo, construyendo así la coartada...". A lo anterior se suma la destrucción de los cheques pertinentes cuando el cónsul entrante lo instó a que se los entregara.

Culmina solicitando a la Corte se profiera una sentencia en concreto por el equivalente en moneda colombiana de cuatro mil cien dólares canadienses ($CA.4.100.00) para el día de su pago, sin que haya lugar a compensación por las sumas pagadas por el sindicado. Solicita igualmente, se considere la revocatoria del beneficio de la libertad provisional.

2. *Intervención del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal*

Precisa que el objeto material del delito, en el momento de la apropiación, sí pertenecía al Estado colombiano pues se había celebrado un contrato para adquirir dos máquinas de escribir y una fotocopiadora. Sin embargo, desde un comienzo la acción del funcionario se dirigió a apropiarse de los dichos elementos, utilizando dineros oficiales.

Varios sucesos, en su concepto, demuestran el dolo del sindicado. El primero, aprovecharse del cambio de funcionario para sacar las máquinas del Consulado; el segundo, la no inclusión de las máquinas en el inventario y la ignorancia del nuevo Cónsul sobre tal situación; el tercero, la respuesta a la reclamación de su sucesor, pagando de su bolsillo los cheques que aún se debían y su ruptura en su presencia para "...no dejar huella que permitiera demostrar la conducta dolosa realizada..." en orden a afirmar posteriormente que los objetos eran de su propiedad.

Luego se refiere a la declaración de la Secretaria para concluir que a nadie se le había advertido que las máquinas eran del doctor Rosas Pulido lo que corrobora que se urdió una maniobra de apropiación. Reitera que si los dineros se encontraban incluidos en la cuenta de gastos que se enviaba al Ministerio de Relaciones Exteriores, la conducta desplegada por el sindicado significaba el apoderamiento de bienes del Estado, estructurándose el delito de peculado por apropiación.

Finalmente puntualiza que la prueba existente permite establecer que su conducta no es atípica ni encuentra justificación alguna. La investigación es clara y permite precisar la ejecución del punible. Proferir sentencia condenatoria en contra de Hernando Rosas Pulido, es su petición final.

3. *Alegaciones del Defensor*

Solicita una sentencia absolutoria, por carecer los sucesos investigados de antijuridicidad material y por encontrarse la conducta desplegada por el doctor Rosas Pulido exenta de culpabilidad.

Transcribe los argumentos que expusiera esta Corporación para formular resolución acusatoria en contra de su patrocinado y hace un estudio de la antijuridicidad, y la diferencia existente entre la formal y la material, apoyándose en citas de la jurisprudencia y la doctrina.

Considera que desde el punto de vista formal la conducta endilgada vulneró el artículo 133 del C. P., al no entregar bienes que aparentemente eran de propiedad del

Estado. Empero, las pruebas arrimadas al expediente permiten concluir que no se afectó el patrimonio económico de la administración pública. Se refiere, enseguida, al dictamen pericial que establece la situación económica del Consulado, destacando la insuficiencia y tardanza de los fondos proporcionados por el Ministerio de Relaciones Exteriores para su sostenimiento, obligando a su patrocinado a cubrir los gastos del Consulado con su propio peculio, llegando la deuda del Estado para con él, en diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) a cuatro mil seiscientos veintidós ($C4.622.00) dólares canadienses.

Por tanto, si se suma el saldo pagado por el sindicado con posterioridad a su retiro ($C2.795.00) y lo adeudado por el Estado por concepto de préstamos ($C4.622.00) se advierte que supera el costo de los bienes supuestamente apropiados. Concluye, entonces, que el bien jurídico tutelado por el delito de peculado no fue afectado, y por consiguiente, el comportamiento realizado por Hernando Rosas Pulido carece de antijuridicidad material.

En subsidio, argumenta que el sindicado cuando no incluyó los bienes en el inventario actuó con el convencimiento errado e invencible de que los mismos eran de su propiedad, por tanto actuó bajo el amparo del artículo 40 del C. P. Seguidamente, el defensor acepta que la propiedad de los bienes, al menos parcialmente, eran del Estado Colombiano siendo deber del sindicado relacionarlos en el inventario: sin embargo, como ellos fueron adquiridos por el Cónsul con su dinero, resulta claro su convencimiento erróneo de que esos bienes le pertenecían. Tal circunstancia es corroborada tanto por la versión que el acusado rindiera ante la Procuraduría como con la nota enviada al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Finaliza su intervención solicitando se profiera en favor de su representado sentencia absolutoria. En caso de que el fallo le sea adverso considera que se hace acreedor al beneficio de la condena de ejecución condicional.

La Corte

1. Como bien se conoce, a través del proceso se ha acusado al doctor Hernando Rosas Pulido quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Cónsul General de Colombia en la ciudad de Toronto (Canadá), de haberse apropiado -por razón de su oficio- de bienes pertenecientes al Estado colombianos y más concretamente del Consulado de nuestro país en dicha ciudad.

2. Se acreditó en el expediente el carácter de empleado oficial que ostentaba Rosas Pulido, con la copia del decreto de nombramiento, las constancias de su posesión y el ejercicio del cargo al momento de realizarse la acción prohibida.

3. Recordando conceptos estampados en el auto calificatorio, tenemos:

a) No hay incertidumbre alguna de que la conducta denunciada se subsume dentro de las previsiones del delito pergeñado en el artículo 133 del C. P., esto es, peculado por apropiación. El contenido de injusto del hecho se acomoda al desvalor de la figura delictiva enunciada toda vez que el sujeto agente, obrando dentro de la esfera de su actividad funcional, se apropió -con actos de dominio incompatibles con el desempeño de su cargo oficial- de una máquina de escribir distinguida con la referencia KX-F 663 y una fotocopiadora FP 1310 R de propiedad del Consulado colombiano. Estos elementos -como ya se sabe- fueron adquiridos por aquél con fondos oficiales;

b) Con el delito de peculado se resguarda y protege -en el sentido más amplio de la expresión- los intereses relativos a la Administración Pública que se ven menoscabados cuando el sujeto agente se apropia abusivamente de bienes pertenecientes al Estado cuya administración o custodia se le han confiado por razón de su oficio o servicio. El hecho atribuido al doctor Rosas Pulido es antijurídico no solamente por contrariar el orden normativo sino también por afectar un interés jurídico que el legislador estimó digno de tutela penal. El bien jurídico en comento -ente valioso y relevante para el derecho penal- fue vulnerado por la conducta del autor, en las circunstancias históricas ya esclarecidas. Por cierto que el comportamiento imputado al acusado no está cubierto por normas permisivas, legales o supralegales, que excluyan o borren la antijuridicidad de la conducta;

c) La comisión de este delito se atribuye a título de dolo como forma exclusiva del tipo subjetivo del injusto. Sin duda ninguna que el acusado tuvo conciencia de ejecutar actos de apropiación sobre objetos de propiedad del Estado colombiano -momento intelectual- y la decisión de llevar a cabo la realización del acto -momento volitivo- dolo es siempre conciencia y resolución del sujeto respecto al acto. De ahí que se le enrostre un juicio de reproche personal pues conociendo la desaprobación de su acción por el derecho se resolvió a ejecutarla, siendo así que hubiese podido abstenerse de hacerlo en virtud de tal conocimiento;

d) En el momento en que Rosas Pulido ejecutó la conducta delictiva era penalmente imputable. En otros términos, tuvo plena capacidad de conocer el injusto y de determinarse conforme a esa comprensión. Este es el fundamento de la pena que debe imponérsele;

e) Tampoco admite controversia alguna en estos cuadernos que la acción humana endilgada al causado se consumó plenamente en su doble vertiente objetivo subjetiva sin que pueda hablarse de formas degradadas o imperfectas del delito. El momento consumativo del hecho tuvo lugar en el instante mismo en que el doctor Rosas Pulido realizó los actos de dolosa apropiación de que da cuenta el proceso, manifestando su voluntad de tomar como propios los objetos pertenecientes al Consulado,

f) Por lo demás, es incuestionable que el exfuncionario consular fue el autor del punible. Conviene poner en claro que fue él -y ningún otro- quien realizó personalmente la conducta descrita en la hipótesis violada, teniendo además, un señorío total sobre la realización del tipo.

4. Sin duda ninguna que con la prueba recogida en los folios ha quedado debida y legalmente demostrada la responsabilidad penal que le cabe al acusado doctor Hernando Rosas Pulido, al disponer en beneficio propio de los objetos antes detallados y con el ánimo cierto de apropiárselos con perjuicio del Estado colombiano. Nada excusa, en verdad, la conducta punible observada por el inculpado y todo confluye a pregonar un juicio de desaprobación, según atrás se indicara. Y como los actos realizados por el doctor Rosas Pulido fueron examinados con amplitud en otro momento procesal y como la Sala encuentra que tales proposiciones y asertos siguen vigentes, bien está recordar los alcances de aquellas reflexiones que en lo sustancial rezan:

"Afirma el imputado que cuando negoció las máquinas -dos (2) de escribir y una (1) fotocopiadora- lo hizo para dotar al Consulado de aparatos eficientes ya que cuando

recibió la oficina apenas servía una que por lo demás era alquilada, pensando que al reducir los gastos de funcionamiento podía adquirir tales elementos, sin tener que recurrir a una partida adicional del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sostiene, así mismo, que el Consulado no pagó la máquina de escribir distinguida con la referencia KX 603, ni la fotocopiadora EP-1310, compradas a las empresas Compucopy Office Automation Inc. Y, por tanto dichos objetos no fueron propiedad del Consulado, ya que las obligacos por tal concepto fueron cubiertas con su propio dinero y en cuanto a los cheques que se dieron como garantía a la firma vendedora, de su propio peculio depositaba fondos suficientes en la cuenta oficial para que esos títulos valores se cubrieran correctamente en las fechas fijadas de cobro. Agrega, finalmente, que por retirarse de la legación, los dos (2) últimos instrumentos no fueron pagados pero que él, oportunamente, canceló su valor para que el consulado quedara a paz y salvo con la empresa vendedora, ya que ésta rehusó recibir de nuevo los objetos".

El valor total de las máquinas adquiridas ascendió a la cantidad de $6.250.00 dólares canadienses, dándose como depósito la suma de $654.40 en la misma moneda, quedándose debiendo $5.595.00 dólares del Canadá. Para cubrir el valor de este monto se expidieron seis (6) cheques posdatados, identificados con los números 0269 a 0274, pertenecientes todos a la cuenta que el Consulado tenía en el "Royal Bank of Canadá", en Toronto. Cuatro (4) de estos cheques fueron cobrados por las cantidades giradas y en las fechas acordadas contra fondos oficiales. Los otros dos (2) no se hicieron efectivos por carencia de provisión en dicha cuenta bien que fueron recogidos ulteriormente por el propio doctor Rosas Pulido. Quedó claro que en la rendición de cuentas de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se menciona un pago de $654,40 dólares canadienses, con cargos a la partida de sostenimiento y como depósito por concepto de compra de dos (2) máquinas de escribir, para lo cual se relaciona copia de la factura de la compañía vendedora. En las cuentas de junio, julio y agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986) -un año después- vuelve el funcionario consular a relacionar imputándolos a sostenimiento, pagos fraccionados por concepto de máquinas de escribir por un total de $2.800.00 dólares canadienses, adjuntando para justificar el gasto, una factura por igual valor. Se observa, sin embargo, que el número de la factura corresponde, sin lugar a duda, a la compra de una fotocopiadora adquirida en octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por la suma antes citada. Hasta el último informe de cuenta rendido por el ex empleado acusado, no vuelve a mencionar pago alguno por concepto de los elementos de oficina en cuestión. No obstante lo anterior, se envían fotocopias de seis (6) cheques girados entre julio y noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) a favor de Compucopy, por un valor total de $5.595.00 dólares canadienses.

Anota el Cónsul, doctor Eduardo Osorio Muñoz -quien reemplazara al acusado- que a finales de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), se dirigió al doctor Rosas Pulido, con el fin de aclarar la situación, por cuanto el Consulado tenía pendiente una deuda por $C1.595.00 dólares canadienses, representada en dos (2) cheques que no fueron cubiertos por falta de fondos. Que días después el doctor Rosas se presentó donde él con una carta, de fecha junio veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y siete (1987) de la firma vendedora -Compucopy-, en el cual se hacía constar que el Consulado estaba a paz y salvo con esa empresa y, que el doctor Rosas le pidiera los cheques devueltos por fondos insuficientes, los rompió en su presencia argumentando que el asunto no era de su incumbencia.

5. Pues bien:

a) No discute la Sala -por cuanto es un hecho rigurosamente cierto- que para la adquisición de dichos elementos, el exCónsul no solicitó partida especial ni tampoco el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores remitió suma alguna por tal concepto. Elocuentemente así lo certifica la doctora María Cristina Zuleta de Patiño, en su condición de Directora de ese Fondo;

b) De la misma manera admitirá la Corte que el doctor Rosas Pulido cubrió de su propio peculio los últimos instrumentos adeudados al vendedor según probanzas incorporadas a estos folios, específicamente el testimonio del Cónsul General, doctor Eduardo Osorio Muñoz y un documento de Compucopy, calendado a junio veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y siete (1987), donde se hace constar que el consulado no tiene obligación con la mencionada compañía. Esta circunstancia -debidamente comprobada- únicamente autorizaba al doctor Rosas Pulido para solicitar del Gobierno colombiano el reintegro o el reembolso de tales valores. Pero nunca, jamás para apropiarse de dichos elementos, de propiedad del Consulado, según bien se conoce;

c) En tal estado de cosas, no admite esta Colegiatura que las máquinas de escribir y la fotocopiadora se hubiesen cancelado con dineros propios del doctor Hernando Rosas Pulido -con excepción del pago de los dos últimos cheques- cuando se han establecido dos cosas fundamentales:

1ª. Que el día treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se realizó un contrato de compraventa entre la empresa "Compucopy Office Automation Inc." y el Consulado General de Colombia, en Toronto (Canadá), sobre los repetidos elementos, mediante el en ese entonces Cónsul General, doctor Hernando Rosas Pulido; y

2º. Que la cuenta del Royal Bank of Canadá, de dicha ciudad, contra la cual se giraron los cheques de garantía -cuatro (4) de los cuales se giraron en su momento- era la de sostenimiento de esa oficina consular y que los dineros depositados en la misma, conformaban dineros oficiales.

Pero, además, resulta claro que los tantas veces nombrados objetos se compraron a nombre del Consulado General de Colombia cuyo valor global ascendió a $6.250.00 dólares canadienses, guarismo pagado fragmentariamente con cheques de la cuenta No. 056052-103-750-6 que la representación consular tenía en la mencionada entidad bancaria, destinada -según se sabe- para depositar los dineros enviados desde Colombia para cubrir arrendamiento y gastos de sostenimiento;

e) Ante este orden de ideas resulta claro concluir que los objetos atrás reseñados -las dos (2) máquinas de escribir y la fotocopiadora- fueron adquiridas para el consulado y no para el doctor Rosas, pues así lo demuestran paladinamente las facturas de compra (fls. 7 y 8, cuaderno de la Procuraduría), donde aparece el Consulado General de Colombia y ninguna otra persona como comprador. Pero hay más: tales elementos fueron cancelados con dineros oficiales y con cargo a la cuenta bancaria que la Oficina Diplomática tenía para el manejo de los gastos específicos señalados explícitamente por la ley; por tanto, representan haberes que debieron ser relacionados en el inventario de entrega pues bien claro lo dicen los artículos 72 y 166 de la Guía Diplomática de la República de Colombia y el 4º de la Resolución 2834 de 1982, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que al terminar el ejercicio consular, el funcionario jefe de la respectiva misión

u oficina consular deberá hacer entrega junto con el inventario de los cuerpos ciertos que se encuentren físicamente en las dependencias diplomáticas.

En el acto *sub examine*, el inventario con relación a dichos objetos apenas registra la existencia de la máquina de escribir "Panasonic" KX-1708, pero nada dice respecto de su similar, referencia KX-L603, ni tampoco de la fotocopiadora de la misma marca, referencia F-P1310R;

f) Por si fuera poco lo antes escrito, la parte relevante del dictamen rendido por el perito nombrado para establecer si las dos máquinas de escribir y la fotocopiadora fueron o no canceladas con dineros del Estado, determina la procedencia oficial de tales fondos, con excepción de los dos últimos cheques que por un valor de $1.595.00 dólares canadienses, fueron pagados por el doctor Rosas Pulido. Dice así la experticia:

"...De acuerdo a copias de facturas de la empresa Compucopy que aparecen en el expediente, con su correspondiente traducción se puede determinar que efectivamente el Consulado de Toronto en Canadá (sic) adquirió, ya que las facturas y recibos aparecen a nombre del Consulado los siguientes elementos:

1. Panasonic-KX-E708 "

Máquina de escribir, por un valor de $2.150.00 dólares Can

1. Panasonic-KX-E603

Máquina de escribir, por un valor de $1.300.00 dólares Can

1. Panasonic-FP-1310 GW

Copiadora Standard, por un valor de $2.800.00 dólares Can

g) Por lo demás, es de anotar que el doctor Osorio Muñoz, en el cuestionario a él solicitado en su carácter de Cónsul General, bajo la gravedad del juramento advera que el doctor Rosas le informó que ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Consulado, la compañía vendedora había retirado las cosas, objeto del convenio, hecho éste que es categóricamente desmentido por la propia firma comercial quien en comunicación de julio diez (10) de mil novecientos ochenta y siete (1987) -cuya traducción oficial reposa en estos cuadernos- afirma que: "...no es cierto ." que parte del equipo fuera recogido por ellos. Como quiera que se aprecie y califique esta situación, las conclusiones salen sobrando.

6. No está demás agregar que a tenor con el artículo 2° de la Resolución 2384 de noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y dos (1982), del Ministerio de Relaciones Exteriores, relacionada con el manejo de las partidas para arrendamiento y sostenimiento de las Embajadas y Consulados, "...los embajadores y Cónsules que reciban las partidas mencionadas deberán consignarlas en una cuenta bancaria especial a nombre de la respectiva oficina para el manejo de esos recursos...". Complementando estas previsiones normativas la Circular AA No. 76, de dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), declara que "las partidas para gastos de arrendamiento o sostenimiento de las Misiones Diplomáticas no forman parte de la asignación personal al Jefe de Misión por tratarse de fondos públicos con destinación especial...". Y por si no fuera bastante la disciplina administrativa sobre este aspecto, la Circular AA

No. 89, de febrero trece (13) de mil novecientos ochenta y seis (1986), reitera el estricto acatamiento de las previsiones anteriores: "...Este hecho hace indispensable el cumplimiento de la Resolucion No. 2834 del 24 de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) en el sentido de que las partidas de arrendamiento y sostenimiento asignadas, deban invariablemente consignarse en una cuenta especial bancaria a nombre de la respectiva oficina para el manejo exclusivo de estos recursos" y por ningún motivo consignar en ella el dinero por otros conceptos como es el caso de los cheques girados por el Fondo Rotatorio del Ministerio "...Concluyese de lo dicho que la referida cuenta especial, que debe figurar a nombre del Consulado, es de carácter oficial cuando se manejan fondos públicos con destinación específica y en donde está prohibido depositar dineros por otros rubros y por añadidura le queda vedado al funcionario consular mezclar caudales propios con oficiales o confundir su cuenta personal con la oficial de la Misión Diplomática".

Si el doctor Rosas -como él mismo lo afirma- depositó en dicha cuenta el dinero correspondiente para el pago de lo adeudado, esta circunstancia no aparece probada contablemente ni siquiera especificado en la relación de gastes mensuales, que los Jefes de Misión deben reportar al Ministerio de Relaciones Exteriores, como únicos responsables de los recursos asignados.

Ahora bien, si en verdad el imputado había comprometido su propio peculio en la adquisición de los bienes referidos, su obligación era hacer la reclamación correspondiente, demostrando la propiedad en cabeza suya con los documentos de rigor. Si la razón estaba de su parte, es claro que, luego de los trámites administrativos correspondientes habría podido lograr o bien, un reembolso de los dineros adeudados, o bien la devolución de los elementos. Haber procedido como lo hizo, sin tener argumentos ciertos para demostrar sus aseveraciones, lo hizo incurso en el delito de peculado.

7. Incompleta quedaría esta providencia si la Sala no se refiriera a los argumentos planteados por el letrado defensor en la audiencia pública. Considera la defensa -en un primer punto de discordancia- que en la conducta reprochada a Hernando Rosas "hubo ausencia de antijuridicidad material, por cuanto no se ha lesionado el bien jurídicamente tutelado"

Como consecuencia de la lucha entre el positivismo jurídico (el único derecho y toda su base de interpretación es la ley) y el positivismo sociológico (cuyo objeto es el hecho como dato de la realidad social) se distinguió entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. La primera sería el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva, en tanto que la última revelaría una efectiva afectación del bien-interés penalmente resguardado.

Fue Franz Von Liszt quien por primera vez enunció la diferencia entre una y otra en la duodécima edición de su Tratado del año 1903. Escribió quien fuera profesor de Berlín, que "formalmente antijurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico", en tanto que "materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa, antisocial o también asocial".

Sea que a estas fechas la polémica en cuestión -primordialmente terminológica- haya sido superada (Maurach) o que por el contrario aún siga vigente (Zaffaroni) y con

independencia de que la doctrina de la antijuridicidad material sea objeto de críticas, es lo cierto que frente al derecho penal patrio se erige como norma rectora este principio -llamado también de lesividad- recogido en el artículo 4º del ordenamiento punitivo a virtud del cual se tiene como punible un comportamiento cuando injustamente se destruyen, lesionan o disminuyen (daño real); o al menos se pongan en riesgo o en peligro (daño potencial), intereses sociales, dignos de protección penal. Por encima, pues, del problema de la duplicidad de la antijuridicidad, el principio en comento -de raigambre legal y constitucional- es siempre exigencia indispensable para la aplicación de la consecuencia sancionatoria prevista en la correspondiente hipótesis penal

Y vamos ya a tenor con estas máximas- a destacar con trazos muy amplios que la antijuridicidad toma forma y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues, en esta concepción, la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo, protegidos por las normas jurídicas.

En esto tenemos:

Si el acusado en su condición tantas veces dicha de Cónsul General de Colombia en Toronto, adquirió los bienes atrás relacionados a nombre de esta Misión Consular y si para legalizar la correspondiente operación comercial no solamente suscribió los respectivos contratos de compraventa con la compañía Compucopy Office Automation Inc. -concretando precio y forma de pago- sino que además giró seis (6) cheques posfechados sobre la cuenta corriente registrada a nombre del Consulado y si, finalmente, se apoderó de aquellos bienes sobre los cuales carecía de todo poder de disposición -colocándolos fuera del alcance de la custodia legal-, no entiende la Corte cómo pueda afirmarse y sostenerse que la conducta desplegada por el imputado es violatoria formalmente hablando del artículo 133 del C. P., pero en manera alguna susceptible de haber afectado el patrimonio económico del Estado Colombiano.

Como quiera que sea y como tantas veces se ha reiterado en estos folios, es de toda verdad -por lo cual queda absolutamente claro- que el doctor Rosas Pulido no adquirió los bienes de que se trata a título personal ni con la mira de incorporarlos, como objetos suyos, a su exclusivo patrimonio individual. De haber sido éste su propósito, es patente que el contrato de compraventa lo hubiese suscrito solamente a su nombre, sin ingerencias extrañas y menos del Consulado, adquiriendo los respectivos derechos de propiedad a expensas de una prestación personal equivalente. Y para que no faltara despropósito alguno, los efectos de comercio que respaldaban el pago del precio de las cosas vendidas, provendrían de su propia cuenta corriente por tratarse de un acuerdo de voluntades, suscritos entre él, como comprador y la firma Compucopy como vendedor, contrato del cual nacen obligaciones y derechos recíprocos.

Por manera, que si todas estas cosas estuvieras claras y el contrato mercantil aludido se hubiese celebrado dentro de una relación jurídica concreta -el como adquirente y la otra como ofertante- esta Sala de la Corte, como es de suponerse, no tendría inconveniente ninguno en admitir la corrección del convenio celebrado interpartes y la validez del mismo. Lamentablemente -sin poderlo remediar- debe aceptarse que los elementos de convicción cursantes en autos enseñan realidades probatorias distintas que comprometen penalmente al incriminado

Es de convenir, por tanto, que la ofensa del interés tutelado constituye una verdad probatoria irrefutable al transgredirse una norma positiva y verificarse un daño efectivo del patrimonio económico del Estado Colombiano y más específicamente del Consulado. En la negociación de marras -se reitera- Rosas Pulido actuó en forma oficial en representación del Estado y en manera alguna como simple particular. El ataque y consiguiente lesión al bien jurídico referido como esencia de la antijuridicidad -en su dimensión material- no admite, pues, duda ninguna.

Una segunda posición exculpativa asume la defensa al manifestar que el acusado no incluyó en el inventario de entrega, los bienes objeto de la denuncia "en el convencimiento errado e invencible de que los mismos eran de su propiedad". Finca su impetración en el numeral 4 del artículo 40 del C. P.

Cierto es que la norma que viene de citarse consagra como causal de inculpabilidad el denominado error de tipo para quien "obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal". Defínese esta especie de error o estado de conciencia como la que recae sobre los caracteres o circunstancias que componen el tipo legal como sobre sus elementos normativos a diferencia del error de prohibición que tiene que ver con la significación antijurídica de la conducta o injusto de hecho por creer el autor que éste no está prohibido o por creerse legitimado para hacerlo.

Destaca Jescheck que el error sobre el tipo descansa en un sencillo principio fundamental, a saber: "puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo" (Cfr., Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1983, vol. I pág. 412). Esta regla permite declarar dos cuestiones fundamentales de frente a la responsabilidad dolosa: que se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos objetivos del delito de que se trata, y que tales presupuestos hayan sido captados por el dolo del autor.

Descendiendo al acto *sub examen* no cree de verdad la Corte, por una parte, que el acusado se equivocase acerca de la propiedad de los referidos objetos pues él mejor que nadie sabía que no eran suyos y, por tanto no le pertenecían al haberlos adquirido oficialmente a nombre del Consulado y pagado con fondos públicos como tantas veces se ha dicho aquí. De otra parte, tampoco está persuadida la Sala de que supuso erróneamente que eran suyos y por eso los tomó en la creencia de que podía gozar y disponer de los mismos de la manera más absoluta (*plena in re potestas*). Este criterio -que trata de desintegrar el dolo del autor- carece de todo respaldo probatorio pues los elementos de juicio consignados en el expediente destacan a cabalidad y con suficiente concreción que Rosas Pulido no actuó en los hechos desde la perspectiva de un supuesto de error o de una conducta imprudente y sí con un ánimo torcido y una dirección inequívoca de voluntad por realizar la conducta típica.

No está demás añadir que el error sobre un elemento integrante de la infracción -como doctrinariamente se ha aceptado con toda unanimidad- debe ser esencial para excluir el aspecto cognoscitivo del dolo y por ende, la responsabilidad penal. Pero, además, para que el error esencial excluya totalmente esa responsabilidad hácese menester que sea invencible, esto es, que elimine tanto el dolo como la culpa ya

que se trata de un error insuperable para el sujeto conforme a las circunstancias concretas en que actuó. Y que el error vencible únicamente elimina el dolo mas deja subsistente la culpa y por tanto la exigencia de una responsabilidad criminal a este título, obviamente cuando en el hecho concurren todos los elementos constitutivos de la conducta culposa.

Ahora bien: es cierto -como lo afirma la defensa- que con nota de febrero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), con el memorial de descargos rendido ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de fecha seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), y en su versión libre y espontánea rendida ante el Cónsul de Toronto el ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa (1990), el doctor Rosas Pulido afirma que tanto la máquina de escribir como la fotocopiadora jamás fueron de propiedad del Consulado y por tal motivo no hicieron parte del inventario.

Si ello era así, otro era el camino a seguir por el ex funcionario. Si había comprometido su propio peculio en la adquisición de los bienes ya detallados, debió haber efectuado los trámites administrativos correspondientes con el fin de obtener que se le hiciera el reconocimiento de rigor. Hasta tanto ello no se realizara, los citados elementos de oficina seguían bajo la órbita del Consulado, por lo que cualquier intento por apropiárselos configuraba un proceder ilícito, como en efecto sucedió, con las consecuencias que hoy se determinan.

8. Adecuándose la conducta investigada a las prescripciones del artículo 133 del C. P., habiéndose vulnerado sin justificación alguna el bien jurídico de la Administración Pública y luego de haberse demostrado que el encartado obró con conciencia y voluntad de estar perpetrando un acto contrario a derecho, se declara su responsabilidad, a título de autor, imponiéndosele los correctivos correspondientes, como en seguida se detalla:

De dos (2) a diez (10) años de prisión es la sanción corporal prevenida en el tipo penal violado por el acusado. Dentro de los lineamientos señalados por la ley para fijar la pena (artículo 61 del C. P.) la Sala partirá de dos (2) años de prisión -que es la mínima consagrada en el art. 133 del C. P., incrementándola en cuatro (4) meses más por la circunstancia prevista en el ordinal 11 del artículo 66 del C. P., esto es, la posición distinguida que ocupaba Rosas Pulido como Agente Consular del Gobierno Colombiano en el exterior, para un total de veintiocho (28) meses de prisión. También -y con el carácter de penas principales- será condenado a pagar al tesoro nacional a título de multa, la suma de cien mil pesos ($100.000.00) y la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de dieciséis (16) meses.

Es un hecho irrefutable que la conducta punible ocasionó perjuicios materiales al Estado. Teniendo en cuenta el valor de los objetos apropiados para la época en que sucedieron los hechos y la depreciación natural que ellos han sufrido desde 1985 hasta la fecha no sólo por el uso que se les dio en el Consulado durante la permanencia de Rosas Pulido como Cónsul, sino también por la salida continua al mercado de máquinas con mayores adelantos técnicos que implican la obsolencia de los modelos anteriores, tiénese que el daño emergente puede fijarse en sesenta (60) gramos oro, al tiempo que el lucro cesante, considerando la productividad de las máquinas dentro de un uso racional, alcanza los cuarenta (40) gramos oro, para un total de cien (100) gramos oro con los cuales serán pagados por el sentenciado a favor del Tesoro Nacional.

9. Resta por analizar lo concerniente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional. La opinión de la Sala es desfavorable sobre el particular. Pese

a que se cumple a cabalidad el requisito cuantitativo del artículo 68 del C. P., pues la pena a imponer -como se vio- no excede los tres (3) años de prisión, los cualitativos no encuentran el debido respaldo.

Obsérvese.

Cuando se formuló resolución de acusación, la Sala consideró que el funcionario cumplía con los requisitos impuestos para la concesión del subrogado. Confió en aquel entonces que dada su ausencia de antecedentes penales y su buena conducta anterior, el actor respondería en forma positiva a la oportunidad que le brindaba la administración de justicia. Sin embargo, su displicencia hacia sus jueces fue la nota predominante. No se molestó en cancelar la caución que le fuera impuesta para gozar de su libertad provisional; tampoco compareció al proceso para rendir la injurada de rigor; mucho menos dio muestra del deseo de reparar el daño causado. Aparte de cumplir con las presentaciones impuestas, el desdén hacia la justicia continuó siendo manifiesto, patente incluso en la poca importancia que le otorgó la prueba que demostraría su imposibilidad económica de sufragar la caución impuesta para continuar gozando de su libertad. A esto se agrega la modalidad misma del peculado por el cual se le condena. Aprovechando su alto cargo consular y aparentando el compromiso de su propio peculio en la compra de elementos de oficina para el mejor funcionario de Despacho bajo su mando, pretendió defraudar los intereses del Estado Colombiano, como en efecto lo hizo. Estas razones, todas a una, indican la necesidad de tratamiento penitenciario, ante lo cual adviene la inconveniencia de suspenderle la ejecución de la condena a imponer.

10. Como consecuencia de lo anterior, el condenado Hernando Rosas Pulido deberá cumplir la pena privativa de la libertad, así como las accesorias de rigor.

De otra parte, comoquiera que el delito por el que se procede tiene una pena privativa de la libertad superior a cuatro (4) años de prisión, y se dan, además, las exigencias prevenidas en el artículo 569 del C. de P. P., se oficiará al Ministerio de Justicia -con copia de este fallo- para que se solicite la extradición del condenado Hernando Rosas Pulido de los Estados Unidos, lugar actual de su residencia, solicitándole, así mismo, comunicar lo pertinente al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que, de acuerdo con esta determinación, se sirva tomar las medidas que a bien tenga sobre la cancelación o no renovación de su pasaporte.

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

RESUELVE:

1. *Condenar* a Hernando Rosas Pulido, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, como autor responsable de un delito de peculado por apropiación, contemplado en el art. 133 del C. P., a las penas principales de veintiocho (28) meses de prisión, multa de cien mil pesos ($100.000) e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dieciséis (16) meses.

2. *Condenar* a Hernando Rosas Pulido al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el delito, equivalentes a cien (100) gramos oro, conforme quedó especificado en la parte motiva de esta sentencia.

3. *Declarar* que el mencionado Rosas Pulido no se hace acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional. En consecuencia, como el delito tiene pena superior a cuatro años se dispone solicitar la extradición de los Estados Unidos para lo cual se oficiará al Ministerio de Justicia, con copia de este proveído, a fin de que el Ministerio de Relaciones Exteriores tome las medidas pertinentes a este respecto y con relación al pasaporte expedido a dicho ciudadano.

Dense los avisos de ley a las autoridades pertinentes.

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., (salvo parcialmente mi voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NON BIS IN IDEM /
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

(Salvamento de Voto)

Dos puntos de disensión:

a) He dicho en otras ocasiones que la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del *non bis in idem*. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible -como en el caso *sub examen*- se aprecia constáncamente como agravante en la sentencia debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición. Una de las exigencias nucleares del delito-tipo de peculado por apropiación es la calificación del sujeto activo que debe tener el carácter -como bien se conoce- de empleado oficial, sin que se pueda, dogmáticamente hablando, volverse a considerar por ser elemento integrante del modelo penal por el cual se le condena. Como la sentencia -por querer de la Sala y en contra de mi opinión- recoge otro criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia;

b) Pero, además, he sostenido que las circunstancias de agravación punitiva pergeñadas en el artículo 66 del C. P., no deben deducirse en la sentencia y sí dentro del continente del pliego de cargos, so pena de quebrantar el derecho de derecho. Sobre el particular me remito a lo que he expuesto en otras coyunturas que ya son muchedumbre dada la pertinencia y porfía con que he propugnado por un tal punto de vista. La mayoría de la Sala encuentra, sin embargo, defectos y yerros en su concepción. Yo, por el contrario, hallo en ello -y digo con la hermosa vestidura del lenguaje- acertamiento, técnica y respetuoso miramiento al principio ecuménico ya invocado del *non bis in idem*.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

HURTO AGRAVADO

El delito de hurto se perfecciona o consuma en el momento en que la cosa mueble sale de la esfera de custodia, control o vigilancia de su dueño o poseedor y el sujeto agente tiene la oportunidad de disponer de ella, así sea por breve lapso. El tener el delincuente esa disponibilidad del bien, es lo que marca la separación entre el delito imperfecto y el consumado./ Bien sabido es, que el legislador consagró la circunstancia de la noche como agravante del delito de hurto, no por la simple consideración objetiva de la nocturnidad, sino en razón a que durante la noche los bienes (y también las personas) están más desprotegidos por el ordinario reposo de las personas y la mayor soledad de los parajes, lo cual desde luego, unido a la oscuridad la hace más propicia para los ladrones./ No basta, pues, que el hurto sea cometido en las horas de la noche, si por cualquier razón en ese momento no se dan las condiciones de desprotección que constituyen la razón de ser de esta agravante.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7039

Magistrados Ponentes: Doctores: *Jorge Carreño Luengas* y *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta No. 89 - octubre 6/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de octubre de 1993.

Vistos

El 7 de octubre de 1991, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué, por mayoría de votos, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad que condenó a Nelson Lugo, José Raúl Quimbayo Lugo, Javier Medina y Alvaro Ortiz Rojas a 43 meses de prisión, cada uno, como coautores del delito de hurto calificado y agravado, decisión recurrida en casación por los defensores de los tres primeramente nombrados.

Hechos

Dijo de ellos el Tribunal Superior:

"Del informe suscrito por el Teniente Héctor Fabio Pérez, Jefe Sección Información del Departamento de Policía Tolima, se sabe que el día veintiocho de marzo del corriente año (1991), Nelson Lugo, Alvaro Ortiz Rojas, José Raúl Quimbayo Lugo y el agente de la Policía Nacional Javier Medina, abordaron el automóvil marca Renault, color gris, placas IL-07-09 y se dirigieron al campamento de Telecom, ubicado en la Avenida Ambalá No. 31-88 de esta ciudad; ya en dicho lugar, tres de ellos se bajaron, quedando el conductor dentro del vehículo para movilizarlo hasta la calle 30 en donde se estacionó. Nelson Lugo y Alvaro Ortiz entraron, mientras el agente Javier Medina se quedó en la puerta dialogando con otro agente que se encontraba de servicio. Al salir y cuando se disponía a abordar el vehículo portando un maletín y una bolsa plástica que contenían 67 unidades de cajas de protección marca Siemens Ref. ES SICH, 12A de propiedad de la Empresa Telecom, fueron aprehendidos por personas adscrito al Departamento de Policía Tolima, decomisándoseles los elementos descritos. Los uniformados se encontraban esa noche prestando su servicio de vigilancia a cubierta y el agente que acompañaba a los tres civiles debía hallarse prestando sus servicios en el Kiosko Fijan de Telecom, ubicado en la calle 39 con carrera 5ª, no obstante había abandonado el lugar de su trabajo".

Actuación Procesal

Sometidos a indagatoria los capturados Nelson Lugo, celador de "Telecom"; más conocido como el "ingeniero"; su sobrino José Raúl Quimbayo Lugo, conductor del vehículo Renault 18 de color gris; el cerrajero Alvaro Ortiz Rojas y el agente de la Policía Nacional en servicio activo Javier Medina, negaron su participación en los hechos dando de ellos una versión diferente.

Oídos en declaración bajo juramento el oficial de la policía que dirigió el operativo, Teniente Cortés Pérez, el Dragoneante Gustavo Salazar bajo cuyo cuidado se encontraba la vigilancia de las instalaciones de la empresa de Telecom y varios de los agentes de la Sijin que participaron en dicha operación, y allegadas otras pruebas, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Ibagué por auto de 9 de abril de 1991 definió la situación jurídica de los sindicados con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto descrito en el artículo 349 del Código Penal, calificado por la circunstancia prevista en el numeral 4 del artículo 350 esto es, por haberse cometido utilizando llave sustraída o falsa para abrir la bodega y agravado por concurrir las circunstancias de los numerales 4ª y 9ª del artículo 351 de la misma codificación.

En dicha providencia se declaró que el procedimiento a seguir era el abreviado por haberse producido la captura de los procesados en situación de flagrancia (arts. 393 y 474 del anterior Código de Procedimiento Penal).

Celebrada audiencia pública, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué puso fin a la instancia condenando a los cuatro acusados, a la pena principal de 42 meses de prisión cada uno, como coautores del delito de hurto calificado y agravado y al pago de los perjuicios causados; fallo recurrido en apelación por la defensa y confirmado, en forma mayoritaria, por el Tribunal Superior de Ibagué mediante el que es objeto del recurso de casación con la adición de ordenar el decomiso del vehículo en que se movilizaban los procesados la noche de autos.

Demandas de casación

Demanda a nombre del procesado *Javier Medina*.

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa de la ley sustancial por inaplicación del artículo 22 del Código Penal que trata de la tentativa y aplicación indebida del numeral 9° del artículo 351 de la misma codificación, que alude a los fenómenos de nocturnidad o lugar despoblado o solitario como circunstancias de agravación punitiva del hurto.

Respecto a lo primero afirma el libelista que el Tribunal Superior dio por configurado el apoderamiento y por lo consiguiente el perfeccionamiento del hurto consumado por el hecho de que los acusados penetraron al recinto donde se hallaban las cosas, las ocultaron en un maletín y una bolsa y las sacaron del campamento; criterio que en su opinión resulta equivocado por cuanto el hurto se consuma en el momento en que los bienes salen realmente del patrimonio del sujeto pasivo, lográndose así el control sobre ellos, lo que no aconteció en el presente caso toda vez que la fuerza pública impidió su perfeccionamiento y lo que verdaderamente existió fue una tentativa de hurto.

Agrega que la Sala mayoritaria del Tribunal sólo se refirió al momento netamente objetivo del comportamiento "olvidando que la tentativa comienza cuando se penetra en la esfera del bien jurídico agredido" y la intervención de la fuerza pública en la forma y circunstancia como lo describe el proceso "impidieron su consumación": criterio que respalda con citas de doctrinantes nacionales y extranjeros.

En cuanto a lo segundo expresa que no es posible agravar el delito de hurto porque fuera cometido de noche ya que "el estado de descanso y tranquilidad no es patrimonio propio y exclusivo de la noche; por el contrario es un estado del cuerpo y del espíritu" explicando que el depósito de Telecom se encuentra ubicado en barrio popular de la ciudad de Ibagué, con buena iluminación artificial y abundante flujo de vehículos y de personas, encontrándose además vigilado en forma encubierta al punto de haberse logrado un operativo exitoso por parte de la Policía Nacional que conocía con anterioridad de los hechos.

Solicita en consecuencia casar parcialmente la sentencia condenando al recurrente por tentativa de hurto calificado y agravado en razón de la cuantía.

Demanda a nombre de los procesados Nelson Lugo y José Raúl Quimbayo Lugo:

El demandante argumenta que el Tribunal Superior desconoció las reglas de la prueba y violó indirectamente la ley sustancial, al negarle a los testimonios rendidos por Sandra Jeannethe Oviedo Tovar, Jorge Londoño Peña, Carlos Fernando Espinosa Marroquín y Ruth Mery Triana Tovar el valor que la ley les asigna lo que constituye un error de derecho.

Manifiesta que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta para nada los mencionados testimonios a pesar de que afirman de modo categórico que Nelson Lugo y José Raúl Quimbayo no fueron aprehendidos en el campamento de Telecom, sino a varias cuadras de allí, en momentos en que se encontraban tomando gaseosa dentro de una cafetería, enfatizando que "no se encuentra en el expediente ninguna razón para desestimar las versiones dadas por los propietarios de la cafetería Olímpica y de las

personas que presenciaron la captura de Lugo y Quimbayo; testimonios que contradicen totalmente la versión del señor teniente, quien sólo conoce del hecho a través de su sistema de comunicación".

Luego agrega:

"Estos testimonios a los cuales no se les da ninguna importancia tienen tanta incidencia en el proceso, en el análisis de la responsabilidad de cada uno que de haberlos tenido en cuenta simplemente se habría absuelto a mis representados porque su participación en el hecho no se dio. Cuando éste estaba ocurriendo ellos estaban en otro lugar".

Pide la infirmación del fallo acusado por haberse fundamentado en un error de derecho y la consiguiente absolución de sus representados.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un ponderado examen de las demandas presentadas en el orden en que fueron reseñadas y de los cargos en ellas contenidos, sugiere a la Corte que no se case la sentencia impugnada porque ninguno de los reproches formulados está llamado a prosperar.

Refiriéndose al libelo introducido a nombre del procesado Javier Medina estima que no se configura la tentativa en el hurto, sino el delito consumado porque el apoderamiento de la cosa mueble ajena se dio a plenitud sin que la intervención de la policía hubiese interrumpido el proceso consumativo del atentado contra el patrimonio económico de la empresa "Telecom".

No hubo aplicación indebida del numeral 9º del artículo 351 del Código Penal, porque no cabe duda que los procesados procedieron con el ánimo de aprovecharse de circunstancias temporo-espaciales como la nocturnidad que les permitía la realización del delito con cierta efectividad y dificultaba la defensa del patrimonio económico.

En cuanto a la demanda presentada a nombre de Nelson Lugo y José Raúl Quimbayo Lugo, expresa que el cargo por error de derecho no puede fructificar porque el demandante pasando por alto que la ley procedimental penal no asigna valor específico a los medios de convicción, desarrolla la censura como un típico alegato de instancia "en el cual entrenta su personalísimo criterio de valoración probatoria al acogido por el Tribunal, para concluir que la valoración acertada es la suya, y que de acuerdo a ella, sus defendidos deben ser absueltos".

Consideraciones de la Corte

De acuerdo al principio de prioridad, la Corte iniciará el estudio de las demandas, por la presentada a nombre de los procesados Nelson Lugo y José Raúl Quimbayo Lugo, que de prosperar, dado su mayor contenido y alcance haría innecesario el examen del segundo libelo.

En la demanda presentada a nombre de los procesados Lugo y Quimbayo Lugo, se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial de manera indirecta, por presuntos errores de derecho, al no otorgar el Tribunal plena credibilidad a los testimonios de Carlos

Fernando Espinosa, Ruth Mary Tovar y Sandra Oviedo, según los cuales los procesados fueron capturados en sitio diferente al lugar de los hechos y no en el momento de estar realizando la conducta por la cual fueron sentenciados, circunstancia que en concepto del actor viene a demostrar su inocencia.

Conviene señalar, como lo advierte la Procuraduría, que si el demandante se proponía comprobar que determinados testimonios de inocultable fuerza conclusiva no fueron apreciados por el sentenciador, ha debido acogerse a una de las hipótesis de error de hecho manifiesto, y no acudir al error de derecho por falso juicio de convicción por la potísima razón de que la ley de procedimiento no le asigna a dichas pruebas, ni a ninguna otra, un valor específico, sino que defiere su valoración al razonable criterio del juzgador. En estas condiciones, resulta un desatino pregonar error de derecho por el solo hecho habérsele negado a determinados testimonios obrantes en autos, un valor probatorio que la ley no les señala.

Pero al margen de esta falencia de orden técnico, de suyo suficiente para rechazar el reproche sentencia, encuentra la Sala que no asiste razón al impugnante, porque ninguno de los testimonios notados de menos en el balance probatorio, tiene el alcance que se le atribuye, pues el único deponente que alude a la captura de dos sujetos dentro de la Cafetería Olímpica, es su propietario Jorge Londoño Peña, quien se presentó al Juzgado a declarar sobre este hecho concreto, pero manifestó no conocer a los procesados Nelson Lugo y José Raúl Quimbayo, según aparece al folio 209 del expediente.

A Carlos Fernando Espinosa, nada le consta sobre el particular y Ruth Mary Tovar y Sandra Jannethe Oviedo, compañera y novia respectivamente de Nelson y José Raúl, se refirieron específicamente a la visita que este último hizo a Sandra Jannethe la noche de los sucesos.

En tales condiciones,las declaraciones omitidas no resultan tan categóricas ni tan trascendentes como para trocar la sentencia de condena en una de absolución, pues de ellas no podría inferirse en forma razonable y lógica, que Nelson y su sobrino Jose Raúl fueron capturados en diferente lugar al que resulta probado en autos o que al momento de los hechos se hallaban en lugar diferente.

Por el contrario, de la versión suministrada bajo juramento por el teniente de la Policía, Héctor Fabio Cortés Pérez quien dirigió el operativo, de las declaraciones rendidas por el dragoneante Gustavo Salazar, los agentes Javier Parra Sandoval, Julio Araujo Casanova y Hernán José Quiroz Gómez que participaron en dicho operativo, lo mismo que de las explicaciones rendidas en indagatoria por los sindicados Alvaro Ortiz Rojas y el agente Javier Medina, se establece sin duda alguna, que la aprehensión de los cuatro procesados se produjo a la salida de la bodega de Telecom y no en lugar diferente.

Es decir, que la prueba válida y digna de credibilidad aportada al proceso, pregona que el acto de captura de Nelson Lugo y su sobrino José Raúl Quimbayo, ocurrió en inmediaciones de la empresa afectada y no dentro de una cafetería, como ellos dieron a entenderlo en sus respectivas indagatorias, conclusión a la cual llegaron los juzgadores de instancia basados en un testimonio plural tenido como veraz.

De manera que si en este punto el recurrente pretendía llegar a una solución diametralmente opuesta a la que arribó el Tribunal Superior, debió cuestionar también la

prueba de cargo que sirvió de fundamento a la sentencia, pero como no lo hizo, dejó sin adecuada réplica las consideraciones del sentenciador en su fallo de condena, que tienen por tanto plena vigencia y validez.

No prospera el cargo formulado.

Demanda a nombre de Javier Medina:

Dos son los cargos formulados por el recurrente en el marco de la violación directa de la ley sustancial: el uno consistente en la inaplicación del art. 22 del C.P., por no haberse reconocido que el delito de hurto fue tentado y no consumado como lo entendió el juzgador, y el otro relacionado con la indebida aplicación del numeral 9 del art. 351 de la misma codificación por haberse extendido esa agravante punitiva a circunstancias de tiempo, modo y lugar que no corresponden al concepto de "nocturnidad" que contempla la ley.

En relación con lo primero, el actor argumenta que de acuerdo a la forma de ocurrencia de los hechos, los procesados cometieron un delito de hurto en grado de tentativa, porque no tuvieron la disponibilidad sobre las cosas muebles sustraídas de la bodega de la empresa "Telecom" por cuanto la Policía se encontraba expectante y logró impedir su apoderamiento.

El cargo planteado en esa forma, lleva a la Corte a efectuar un somero comentario, sobre el alcance y sentido del verbo rector "apoderar o apoderarse" del tipo penal del delito de hurto, y el momento consumativo de dicha infracción penal.

Se ha entendido que apoderarse no es tomar dominio sobre un bien mueble ajeno, sino obtener la custodia o tenencia sobre la cosa arrebatada a la víctima y tener la posibilidad de disponer al menos por breve lapso de dicho bien. Apoderar, según la Real Academia de la Lengua en su tercera acepción, es "hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder".

No es fácil en la práctica determinar cuándo se realiza ese apoderamiento, esto es, cuál es el momento consumativo de la infracción, para deslindar así de manera precisa, el delito consumado y aquel que permanece solamente en el campo de la tentativa. Diferentes teorías se han elaborado para precisar cuál es el momento consumativo de la infracción, porque como bien lo anota Maggiore, "...la determinación del elemento material del hurto, es uno de los puntos más delicados de la dogmática y por consiguiente uno de los más discutidos ...".

Entre las principales teorías se pueden recordar las siguientes:

La *aprehensio rei*, conforme a la cual se considera consumado el delito, por el solo hecho de que el delincuente con ánimo de aprovechamiento entre en contacto con la cosa o el bien. El simple tocamiento del bien mueble es suficiente para dar por consumada la infracción.

La *amotio*. Sus seguidores entienden que el hurto se consuma cuando se ha movido la cosa del sitio donde la tenía su dueño, sin que importe hacia dónde se realiza el traslado y sin que sea indispensable que el bien mueble salga de la esfera de dominio de su dueño poseedor.

La *ablatio*. Los seguidores de esta teoría, entre otros Pessina, consideran consumado el delito cuando el agente sustrae el bien de la esfera del ámbito de protección de su dueño, con un desplazamiento que implique real apoderamiento por parte del delincuente

La *illatio*. De acuerdo con esta teoría, no es suficiente para la consumación del delito, sacar el bien de la esfera de disponibilidad del sujeto pasivo, sino que es indispensable que el agente lo haya llevado a lugar seguro, al sitio que le estaba destinado. Y,

La *locupletatio*, o de la obtención del provecho. El momento consumativo del hurto para sus seguidores, es el instante en que el delincuente ha obtenido el provecho buscado por el delito, porque la usó, la enajenó, la consumió, etc.

La jurisprudencia de la Corte, sin tomar partido en esta vieja polémica, ha entendido que el delito de hurto se perfecciona o consuma en el momento en que la cosa mueble sale de la esfera de custodia, control o vigilancia de su dueño o poseedor y el sujeto agente tiene la oportunidad de disponer de ella así sea por breve lapso. El tener el delincuente esa disponibilidad del bien, es lo que marca la separación entre el delito imperfecto y el consumado. Así lo ha señalado la Corporación entre otras, en sentencias del 10 de julio de 1984(M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez); sentencia del 23 de julio de 1986 y sentencia del 29 de octubre del mismo año.

Siguiendo estas orientaciones, forzoso es concluir que el delito de hurto de que da cuenta este proceso, no obtuvo su consumación como lo alega el abogado recurrente, porque en ningún momento los procesados lograron sacar el bien de la esfera de dominio o vigilancia del sujeto pasivo de la infracción para llevarlo a la esfera de disponibilidad o ámbito de dominio de los acusados. No existió aquello que los autores denominan como un desapoderamiento y un correlativo apoderamiento de la cosa, así sea por breve tiempo por parte de los procesados.

Se afirma lo anterior, porque conforme lo pone en evidencia el proceso, los propietarios del bien y las autoridades de policía, tenían conocimiento de que se iba a perpetrar el delito y adoptaron las medidas pertinentes, disponiendo de un fuerte operativo que permitiera la captura de los delincuentes por parte de las autoridades, como efectivamente ocurrió, sin que aquellos pudieran disponer en ningún momento de los objetos sustraídos, que siempre estuvieron bajo el ámbito de control y vigilancia de sus dueños. No hubo por tanto, por parte de los acusados disponibilidad del bien, ni siquiera por breves momentos, y sin esa disponibilidad no es posible tener por consumado el hurto. Como lo expresa el profesor Sebastián Soler "...El apoderamiento hace referencia a la posibilidad inmediata de realizar sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona fuese poseedor o simple tenedor. En consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición. El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usurpar el poder sobre ella...". (Derecho Penal Tomo IV. pág. 174).

Las anteriores consideraciones, conducen necesariamente a la prosperidad de la demanda en relación con este cargo, dado que es innegable, que se incurrió en la sentencia recurrida en inaplicación del artículo 22 del C. Penal al caso juzgado. Corres-

ponde en consecuencia a la Sala, casar parcialmente la sentencia para reconocer que el delito de hurto objeto de juzgamiento y por el cual se condena a los procesados se ubica dentro del campo de la mera *tentativa*.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 242 del C. de P.P., la decisión favorable aquí adoptada se extenderá a todos los procesados no recurrentes.

Como consecuencia de lo anterior, se efectuará una nueva dosimetría de la pena.

Segundo cargo:

Como ya se anotó, esta censura la hace consistir el actor en que el Tribunal violó en forma directa la ley sustancial, al aplicar indebidamente el numeral 9 del art. 351 del C.P.

Para demostrar su acusación, el censor transcribe la parte del fallo de segunda instancia, en lo atinente a la aplicación de la circunstancia mencionada y que a la letra dice:

"La noche hace relación al estado de descanso y tranquilidad que implica la nocturnidad y como bien lo plantea la Fiscalía se comete en un día de Semana Santa, época en la cual las dependencias oficiales, aunque tengan luz y protección de celaduría permanecen generalmente desoladas. Lo que se combate aquí es el aguzamiento y camuflaje de la delincuencia nocturna"

A esta argumentación, replica así el libelista:

"El razonamiento del Tribunal carece de lógica y peca contra la precisión idiomática y jurídica: de rebote, hace referencia a circunstancias modales previstas en numeral distinto del 9 del artículo 351 del estatuto represor y por ende no acierta en su correcto y cabal entendimiento".

En efecto -continúa el actor-, en mi parecer, el estado de descanso y tranquilidad no es patrimonio propio y exclusivo de la noche; por el contrario, es un estado del cuerpo y del espíritu. Tampoco la Semana Santa goza de pertinencia en este evento. Es una celebración religiosa que en este caso concreto nada tiene que ver con la "nocturnidad de la acción". Tampoco me parece que el numeral 9 de la norma citada en precedencia combata el "aguzamiento, y camuflaje de la delincuencia nocturna", porque el primer término indica, según el diccionario, sacarle punta a algo y de esto no se trata ni remotamente en los autos, mientras que camuflar es ocultar, disimular o encubrir, y a esta manera de actuar la delincuencia la controla el numeral 4 del artículo 351 *ibídem*, sin que guarde relación alguna con los hechos del proceso".

En síntesis -remata-, la Sala mayoritaria del H. Tribunal Superior de Ibagué, "no ha superado las antiguas querellas de los positivistas sobre la nocturnidad, persisten en dejar de lado las condiciones sociológicas de este fenómeno".

A continuación y apoyándose en lo expuesto por un autor nacional, en el sentido de que la razón de ser de la agravante en comento no es en sí la objetividad de la noche sino la mayor desprotección de los bienes durante ella, el actor culmina así su libelo:

"Los hechos brillan por sí mismos para evidenciar que no existió desprotección ninguna de los bienes de Telecom en Ibagué; el depósito de la empresa está inserto en barrio popular, con buena intensidad de luz artificial abundante flujo vehicular y peatonal,

además vigilado de forma abierta y encubierta hasta el punto de haberse logrado operativo totalmente exitoso de parte de la policía, que conocía con anterioridad la intención aviesa de la casi totalidad de los partícipes".

Para la mayoría de la Sala, también en este cargo asiste la razón al casacionista.

En verdad, la agravación punitiva que consagra el ordinal 9 del artículo 351 del C.P., en su primera parte ("de noche..."), aunque de apariencia objetiva (en realidad no lo es tanto, recuérdense las discusiones en torno al crepúsculo), no puede interpretarse de una manera literalista. Es menester, como ocurre con todas las circunstancias que agravan o atenúan la pena, analizar la razón de su existencia legal, el por qué de su consagración; sólo así podrá acertar el juzgador al decir sobre concurrencia.

Bien sabido es, que el legislador consagró la circunstancia que se estudia como agravante del delito de hurto, no por la simple consideración objetiva de la nocturnidad, sino en razón a que durante la noche los bienes (y también las personas) están más desprotegidos por el ordinario reposo de las personas y la mayor soledad de los parajes, lo cual, desde luego, unido a la oscuridad, la hacen más propicia para los ladrones.

Ya lo había expresado con toda claridad el maestro Carrara

"El reposo a que necesariamente se entrega el hombre en ese período, la mayor soledad de las vías, las tinieblas que ocultan los movimientos y semblantes de las personas, les ofrecen a los malhechores mayor comodidad para invadir los dominios ajenos y llevarse las cosas, y mayor probabilidad de no ser interrumpidos, sorprendidos o reconocidos. De esto resulta espontánea la idea de que el hurto suscita más temor cuando es cometido de noche, y que por lo tanto, es necesaria una protección más enérgica" (Programa de Derecho Criminal, parágrafo 2208).

No basta, pues, que el hurto sea cometido en las horas de la noche, si por cualquier razón en momento no se dan las condiciones de desprotección que constituyen la razón de ser de esta agravante, tal aconteció en el caso *sub judice*.

En efecto: está claro dentro del proceso que tanto los responsables del campamento de Telecom como las autoridades policivas del lugar, anticipadamente estaban informados sobre el plan delictivo de los condenados, conocían la identidad de la mayoría de ellos y hasta sabían con precisión en qué momento, a qué horas se cometería el delito. Como consecuencia de todo esto, previeron, con éxito, un operativo especial, que incluyó el reforzamiento de la vigilancia habitual, precisamente para truncar las aspiraciones de los asaltantes. No sería inexacto afirmar que en estas circunstancias, los bienes que se guardaban en el campamento de Telecom estuvieron mucho más protegidos en la noche en que los condenados intentaron apoderarse de ellos, que en oportunidades anteriores, gracias al conocimiento anticipado y en detalle que los directivos de Telecom y las autoridades de policía tuvieron del hecho punible.

Si los procesados lograron penetrar al campamento y estar en contacto material con los bienes que pretendían hurtarse, no fue por haber actuado de noche, sino porque el dragoneante de la Policía Nacional Gustavo Salazar, previo acuerdo con los ingenieros de Telecom y con el Teniente Héctor Fabio Cortés, los dejó entrar, cumpliendo compromiso anticipadamente adquirido con ellos. Contando con Salazar, como ellos creían, les resultaba indiferente ejecutar el ilícito de día o de noche. Lo único que importaba era que

estaba encontrara de turno al momento en que ellos llegaran al campamento. Si escogieron las horas nocturnas no fue por buscar las facilidades que ellas brindan a los ladrones, sino porque el procesado Nelson Lugo sólo "salía de trabajar, dizque a las diez de la noche de ese día y podían verlo a esa hora" (fls. 86, testimonio de Salazar) aprovechando además que para ese momento estaría de turno el dragoneante Salazar.

Todo esto fue reconocido tanto por el Juzgado como por el Tribunal, pero a pesar de ello, se aplicó la agravante en comento.

Así las cosas, para la mayoría de la Sala resulta claro que el Tribunal violó en forma directa la ley sustancial, al aplicar indebidamente la circunstancia específica de agravación punitiva prevista en el numeral 9 del artículo 351 del C. P., bajo la sola consideración de que el hurto se cometió (o intentó cometerse, como lo ha precisado la Corte en este fallo), de noche sin parar mientes en que esta circunstancia para nada incidió en la comisión del delito, ya que ante el conocimiento previo y detallado del plan delictivo la vigilancia de los bienes se reforzó, precisamente con el fin de impedir su saqueo y capturar en flagrancia a los asaltantes, tal como en realidad ocurrió.

El cargo, entonces, para la mayoría de la Sala está llamado a prosperar, y se procederá en consecuencia. Esta decisión se extenderá a todos los condenados, recurrentes o no, tal como lo dispone el artículo 243 del C. de P. P.

No sobra advertir, por último que la prosperidad de este cargo no es de ninguna manera consecuencia de la aceptación del anterior, con el cual no guarda nexo alguno. En el caso *sub judice*, se aplicó indebidamente el artículo 351 - 9 del C. P., sin que para este efecto importe si el delito alcanzó a consumarse o se quedó en grado de tentativa.

Pena Aplicable

Nelson Lugo, Alvaro Ortiz Rojas, José Raúl Quimbayo Lugo y Javier Medina, fueron condenados en primera instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta y dos (42) meses de prisión como responsables del delito de hurto consumado. El Tribunal Superior al conocer de la sentencia en virtud del recurso de apelación interpuesto únicamente por los procesados, no obstante considerar la sanción impuesta como benigna, dada la gravedad de comportamiento punible, le impartió la confirmación integral ante la imposibilidad de incrementar la pena por expresa prohibición del art. 31 de la Constitución Nacional, precepto que de igual modo limita las facultades de la Corte en sede de casación.

Por ello, para determinar la pena privativa de la libertad que corresponde a los procesados de acuerdo con lo dispuesto en esta providencia, se partirá de la pena impuesta en la sentencia recurrida, de cuarenta dos (42) meses de prisión, que se disminuirá en los tres meses que fueron deducidos por el Tribunal por el factor la nocturnidad, para un *quantum* de treinta y nueve (39) meses de prisión. Ese monto se disminuirá en la mitad, por tratarse de una tentativa, (art. 22 del C.P.) para una pena definitiva aplicable de diecinueve meses, quince días, modificándose en este sentido la sentencia recurrida.

Se mantendrá la sentencia en cuanto condenó a los procesados solidariamente a la indemnización de perjuicios ocasionados por la infracción, la cual no se modifica, ya que

el monto de los perjuicios no se hizo por el valor de los bienes objeto material del delito, y en estas condiciones, la no consumación del reato, no afecta la cuantía de la condena. Igualmente, se confirmará la pena accesoria de la condena a la interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal señalada en este fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, de fecha octubre diecisiete de 1991 proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en contra de los procesados Nelson Lugo, Alvaro Ortiz, José Raúl Quimbayo Lugo y Javier Medina y como consecuencia,

RESUELVE:

Primero: Modificar la sentencia recurrida en el sentido de *condenar* a cada uno de los procesados anteriormente señalados, a la pena principal privativa de la libertad de diecinueve meses, quince días de prisión, como autores responsables del delito de hurto grado de tentativa, realizado en las condiciones conocidas en este proceso.

Segundo: Confirmar la pena accesoria a la interdicción de derechos y funciones públicas, pero por el término de la pena principal señalado en el punto anterior.

Tercero. Se confirma en todo lo demás la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, (salvo parcialmente el voto); *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* (salvo parcialmente el voto), *Didimo Páez Velandia* (salvo parcialmente el voto), *Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA Corte Suprema de Justicia

HURTO AGRAVADO

(Salvamento Parcial de Voto)

Los fundamentos de la agravación punitiva (de noche) encuentran su razón de ser en el peligro que el hurto nocturno representa para la vida y la integridad de la personas, el mayor riesgo que corre la propiedad privada, las ventajas para el agente de asegurar la efectividad de su propósito delictivo y el hecho evidente de que el hurto realizado de noche es más propicio a la impunidad que el cometido durante el día.

Nos apartamos de la anterior sentencia, únicamente en cuanto considero que el delito imperfecto de hurto imputado a los procesados, no se halla agravado por el factor de la nocturnidad de que trata el artículo 351-9 del Código Penal

Los fundamentos de dicha agravante punitiva encuentran su razón de ser en el peligro que el hurto nocturno representa para la vida y la integridad de las personas, el mayor riesgo que corre la propiedad privada, las ventajas para el agente de asegurar la efectividad de su propósito delictivo y el hecho evidente de que el hurto realizado de noche es más propicio a la impunidad que el cometido durante el día.

En el caso que fue objeto de juzgamiento es innegable que los acusados planearon con anticipación la realización de la conducta punible y deliberadamente resolvieron ejecutarla de noche, aprovechando que a esa hora los depósitos de Telecom se hallaban cerrados, sin la presencia de personal de trabajo que estorbara la maniobra y teniendo en cuenta además que la oscuridad podría garantizarles no sólo el éxito de la operación, sino además la posibilidad de una fuga en caso de ser sorprendidos, buscando la impunidad.

Estos propósitos fueron tenidos en cuenta por los acusados, quienes pese a estar convencidos de que contaban con la colaboración del Dragoneante Salazar, se presentaron a las instalaciones de la empresa afectada , pasada las diez de la noche, en horas que les resultaban propicias para su cometido delictuoso, alejando cualquier posibilidad de ser descubiertos, o como lo anota la Procuraduría Delegada, con "el ánimo de aprovechar unas determinadas circunstancias tempoo espaciales que les permitieran la realización del delito con cierta efectividad y que dificultaran la defensa del patrimonio económico como en efecto sucedió".

Y esta modalidad agravante no se desdibuja por el hecho de que las autoridades estuviesen alertadas y hubiesen preparado un operativo encubierto que ofreció muy

buenos resultados, porque es lo cierto que aún con dicha vigilancia, la oscuridad de la noche hubiera podido facilitar la fuga de uno o de varios de las personas comprometidas en la empresa criminal. Y esa nocturnidad buscada deliberadamente de antemano para la realización del delito, no procuraba cosa distinta que la de facilitar la consumación del delito, y la impunidad de los delincuentes. Una conducta ilícita realizada en estas condiciones, indudablemente conlleva un mayor rigor punitivo.

Esas las razones que nos llevan a apartarnos de la sentencia, pero solamente en el aspecto anotado, pues la circunstancia de la nocturnidad obra como agravante de la punibilidad, no sólo cuando proceso criminoso se agota en su totalidad, sino también cuando éste se queda, como en el caso de estudio, en los terrenos de la simple tentativa.

Respetuosamente.

Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Carreño Luengas.

COLISION DE COMPETENCIA / SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA / JUEZ REGIONAL

La competencia es un factor integrante del "debido proceso" pues apunta al derecho fundamental del "Juez Natural", encargado de aplicar el procedimiento legalmente establecido, por consiguiente no es dable asumirla ni atribuirla por vía interpretativa o analógica. Sólo el legislador ordinario o el extraordinario con poderes de excepción puede y debe señalarla en forma expresa. Los Decretos Legislativos 3030 de 1990 y 303 de 1991 que implantaron la denominada "política de sometimiento a la justicia" atribuyeron el conocimiento a las autoridades judiciales de Orden Público hoy, competencia especial dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de todos los procesos incluidos los que estuviesen en curso respecto de los cuales el procesado voluntariamente se presentare a la justicia y los confesare y aun respecto de los no confesados (art. 7º del Decreto 3030); y en forma aclarativa, el literal c) del artículo 3º del Decreto 3030, modificatorio del anterior, le señaló al Juez de Orden Público competente para conocer de los casos allí señalados el deber de pedir "a todos los juzgados del país por conducto de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, el envío de todos los procesos en los que esté vinculado el procesado como autor o partícipe".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8761.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 86 de septiembre 22/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Decide de plano la Corte el incidente de colisión de competencia presentado entre un Juez Regional de la ciudad de Medellín y el Juzgado 73 Penal de Circuito de la Capital de la República, dentro del proceso con causas acumuladas que se adelanta contra Pablo Emilio Escobar Gaviria por los delitos de doble homicidio agravado y otros.

Antecedentes Inmediatos

1. Del proceso adelantado por la muerte del periodista Guillermo Cano Isaza conoció el antiguo Juzgado 29 Superior de Bogotá, el cual se trabó en colisión de competencia

con uno de la entonces Jurisdicción de Orden Público, conflicto que el Tribunal Disciplinario dirimió en favor de esta jurisdicción, asignando por tanto la competencia al Juzgado Superior mencionado.

2. Sin embargo, lo cierto es que el Gobierno Nacional, con base en las facultades excepcionales del estado de sitio, expidió lo que se conoce con el nombre de Estatuto de sometimiento a la justicia, en el cual dispuso que los procesos que estén en curso contra las personas que se acojan a dicho estatuto deberán remitirse en el estado en que se hallen a los jueces correspondientes de orden público. Como consecuencia de ello, el proceso de la referencia fue remitido, trabándose allí nuevo incidente de competencia entre autoridades de esa especialidad, el juzgado instructor y el de conocimiento habiéndose resuelto en favor de aquel, es decir, asignando la competencia al Juez del Conocimiento, mediante providencia de esta Sala de noviembre 1º de 1991, por tratarse de una actuación que se hallaba en la etapa del juicio.

3. Años después la defensa solicitó la nulidad de lo actuado con el argumento de que no podían conocer de este proceso los Jueces de Orden Público, pues fueron creados éstos para que conocieran de asuntos que tuviesen ocurrencia con posterioridad a su vigencia, y los investigados en este expediente ocurrieron mucho antes.

El juzgado del conocimiento resolvió denegando la petición, determinación impugnada y confirmada en su integridad por el Tribunal Nacional mediante su proveído de agosto 28 de 1992, aduciendo argumentos de "especialidad y rasgos particulares" de la competencia asignada en el estatuto de "sometimiento a la justicia" que hacían válida la actuación cumplida e indiscutible esa atribución radicada en las autoridades judiciales de orden público.

4. Como no fue posible por esta vía conseguir el objetivo propuesto de retrotraer la actuación al estado en que se hallaba hace varios años, el juzgado del conocimiento plantea nuevo conflicto de competencia, esta vez con el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el antiguo 29 Superior.

Argumentos de los comisionados:

1. El Juzgado Regional de Medellín, a cuyo conocimiento está el proceso de la referencia, intempestivamente mediante auto de simple "cúmplase" remitió el proceso al Juzgado 73 Penal del Circuito de la Capital con proposición negativa de competencia. Su argumento toral, montado sobre el hecho de la fuga del procesado Escobar Gaviria, es el siguiente:

"...Compartimos el criterio referente a que estando en vigor las normas de sometimiento a la justicia, y al producirse la entrega de Pablo Emilio Escobar Gaviria a las autoridades colombianas, las diligencias fueran remitidas a esta jurisdicción... Pero es que ya no se encuentra el procesado sometido a la justicia y por ende, desaparecen los motivos que llevaron a adjudicar la competencia a un Juez único... Puesto que la fuga se presentó con anterioridad a que el proceso llegase a su final, y por ende, en estas circunstancias se hace imposible la aplicación de los decretos de sometimiento a la justicia... Si en el expediente existen varias providencias del Juzgado del conocimiento de Orden Público y Regional que señalaban la competencia en éstos, al decidir en forma contraria en el momento, en que nada se está contrariando lo afirmado, porque los hechos anteriores variaron y ello

hizo que se perdiera la competencia. Las razones expuestas por ellos, tuvieron plena validez en su oportunidad y por eso estuvieron acá, pero ya es improcedente continuar con el proceso, por los motivos que anteceden...".

2. Por su parte, el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, al aceptar la colisión propuesta y por ende rechazar su competencia, argumenta de la siguiente manera:

"...Considera este Despacho que la competencia para conocer de este proceso la tiene el señor Juez Regional, pues por el hecho de haberse dado la fuga por parte del procesado de la cárcel de máxima seguridad de Envigado, éste no ha perdido su condición de sometido a la justicia y como bien lo anotan los señores Procuradores Judiciales en sus escritos, es menester tener presente que jurídicamente el implicado en su momento procesal cumplió con todos los requisitos y condiciones legales exigidos por la legislación para ser cobijado con los beneficios que consagraba el Decreto 3030 de 1990 el cual creaba la figura de competencia exclusiva y el Juez Unico, norma ésta adoptada como legislación permanente por disposición del Decreto 2265 de 1991 artículo 3° del cuatro de octubre de 1991 y así mismo de las demás normas concordantes.

Ahora bien, el artículo 4° del Decreto 2372 de 1990 que fue convertido en legislación permanente por el Decreto 2265 de 1991 en su artículo 2º establece en forma clara y precisa que 'los procesados de acuerdo con los procedimientos señalados en el Decreto 2047 de 1990 y en ese Decreto, perderán los derechos que hubieren podido obtener por la confesión si incurren en fuga o intentan realizarla', norma que guarda concordancia con el artículo 2° del Decreto 303 de 1991 igualmente convertido en legislación permanente por el Decreto 2265 de 1991 artículo 4º, cuando establece en forma categórica que los hechos o conductas delictivas imputables a procesados que desvirtúen el régimen de sometimiento a la justicia, previsto en los Decretos Legislativos 2047 y 3030 de 1990, hagan perder cualquiera de los beneficios allí establecidos, deberán estar probados dentro del proceso y si se trata de hechos punibles sólo operarán a partir de la ejecución de la sentencia que los declara culpables.

Es decir, estas normas son claras y nos indican que el legislador previó la presente situación, es decir, la fuga del sometido, indicando que en esa situación los procesados perderán los derechos que hubieren podido obtener por la confesión, empero en ningún momento indicó que perdiera el implicado su calidad de sometido y en donde el legislador no distingue, no le es posible distinguir al intérprete, máxime cuando el tenor literal de la ley es claro.

Aparte de estas razones legales, hay que tener presente los motivos que se tuvieron para crear los mecanismos que incentivan a quienes son responsables de los fenómenos de violencia que sacuden al país y que fundamentaron la declaración de turbación del orden público, situación ésta que permite detectar el carácter específico de los decretos de sometimiento a la justicia con los que se han pretendido crear mecanismos excepcionales en razón no sólo a sus objetivos y motivaciones, sino además en razón a sus previsiones incompatibles con la normatividad ordinaria.

Por ello se ha dicho en reiteradas oportunidades que el Juez competente para instruir y fallar los procesos seguidos en contra de quien se acoja al estatuto de sometimiento, sea un funcionario de las calidades de los Jueces Regionales, antes de Orden Público,

pues son éstos los llamados, por definición a conocer de atentados contra el bien jurídico *orden público*, para cuya efectiva protección se han creado, máxime cuando con esta jurisdicción no se está tratando de favorecer a determinadas personas, sino a las instituciones que se han visto vulneradas por los comportamientos delincuenciales de las bandas organizadas.

Comparte íntegramente este Despacho las consideraciones jurídicas tanto del señor Procurador Judicial ante los Juzgados Regionales de Medellín, como la del señor Procurador Sexto Judicial adscrito a este Despacho, al considerar que este proceso debe continuar tramitándose en el Juzgado de donde procede, además que no puede convertirse en un juego, sino que, por el contrario tiene que definirse de una vez por todas quién es el competente para conocer y llevar a feliz término esta causa.

Por último hay que resaltar que con esta determinación del señor Juez Regional de Medellín se quiere desconocer o hacer caso omiso de toda una política criminal encaminada a dar un tratamiento especial, creando como ya se ha mencionado anteriormente y como acertadamente en pretéritas oportunidades lo ha planteado el Honorable Tribunal Nacional, en providencias anteriores, *un Juez Único con competencia exclusiva y excluyente*

Consideraciones de la Corte

1. La competencia es un factor integrante del "debido proceso", pues apunta al derecho fundamental del "Juez Natural" encargado de aplicar el procedimiento legalmente establecido, por consiguiente no es dable asumirla ni atribuirla por vía interpretativa o analógica. Sólo el legislador ordinario o el extraordinario con poderes de excepción puede y debe señalarla en forma expresa.

2. En algunas legislaciones foráneas se considera que ese "Juez Natural" debe ser preexistente al hecho que se imputa -Juez Ordinario y predeterminado en la ley, lo llama el constituyente español-, criterio compartido por algún sector doctrinario nacional entre quienes se cuentan los integrantes del extinto Tribunal Disciplinario y algunos integrantes de la Corte, razón por la cual siempre hubo salvamentos de voto referentes a este aspecto cuando se juzgó la constitucionalidad de las normas de excepción que cambiaron la competencia en casos como el aquí examinado, pero de todas maneras la Corte Suprema de Justicia en su momento (Sentencia No. 24 de marzo 7 de 1991) y posteriormente la Corte Constitucional (Sentencia No. C- 208 de junio 3 de 1993) respecto de las normas que convirtieron en legislación permanente las anteriores, hallaron constitucionales esos cambios de competencia, sin que pueda hoy juez alguno desconocer tales pronunciamientos por tener ellos un carácter definitivo y efectos *erga omnes*.

3. En este orden de ideas, y sin que incumba ahora juzgar el acierto o no de la providencia del entonces Tribunal Disciplinario que dirimió un conflicto diferente al aquí suscitado, tenemos que los Decretos Legislativos 3030 de 1990 y 303 de 1991 que implantaron la denominada "política de sometimiento a la justicia" atribuyeron el conocimiento a las autoridades judiciales de Orden Público hoy, competencia especial dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de todos los procesos incluidos los que estuviesen en curso respecto de los cuales el procesado voluntariamente se presentare a la justicia y los confesare y aún respecto de los no confesados (art. 7° del Decreto 3030);

y en forma aclarativa, el literal c) del artículo 3° del Decreto 303, modificatorio del anterior, le señaló al Juez de Orden Público competente para conocer de los casos allí señalados el deber de pedir "a todos los juzgados del país por conducto de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, *el envío de todos los procesos en los que esté vinculado el procesado como autor o partícipe*" (cursivas fuera de texto).

Como puede observarse, este precepto no hizo distinción alguna respecto del estado en que se hallasen esos procesos ni de la clase de jueces que los tuviesen, dejando por lo demás, sin posibilidad de aplicar el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, pues dicho Decreto "suspendió todas las normas que le sean contrarias", suspensión que aún subsiste por cuanto el precepto sobre competencia, así como el relacionado con la suspensión, fueron acogidos como legislación permanente por el Decreto 2265 de 1991, arts. 3°, 4° y 6° respectivamente expedido éste conforme con las facultades dadas por la Constitución en los artículos 8° y 9° transitorios.

4. Desde este punto de vista no existe entonces duda de que el "legislador de excepción" atribuyó la competencia de este proceso a los Jueces de Orden Público -hoy Regionales-, aspecto aceptado expresamente por quien propuso el presente incidente: "Compartimos -dice el Juez colisionante- el criterio referente a que estando en vigor las normas de sometimiento a la justicia, y al producirse la entrega de Pablo Emilio Escobar Gaviria a las autoridades colombianas, las diligencias fueran remitidas a esta jurisdicción".

Su planteamiento *ex novo* radica en que "quedaron sin vigor" las normas del procedimiento especial que en desarrollo de la política de sometimiento a la justicia se expidieron, por la única circunstancia de "haberse fugado" el procesado de la referencia, sin que a la fecha exista pronunciamiento definitivo sobre las características y consecuencias de este hecho.

Constituye esa interpretación una forma extralegal de determinar la competencia en materia penal, como si la normatividad que la señaló en su momento y dirigida a establecer por concordancia de fines del Estado y de los sometidos, ese juez propio y especial, ese extraordinario trámite y singulares beneficios, etc., pudiera desconocerse por completo y quedar todo ello sometido a los vaivenes de los circunstanciales intereses de los implicados (justos o no justos, explicables o inexplicables), dando lugar a una constante mutación de esos indicados efectos, ocurrencia a todas luces paralizante de la justicia, con daño comparado para la sociedad y los procesados.

La preceptiva jurídica previó la posibilidad de la retractación, de la fuga, del intento de fuga, de otros hechos igualmente efectivos de esa situación, y, en fin, de la repulsa a las condiciones ofrecidas o aceptadas, cualquiera haya sido su origen o característica, pero sin repercutir todo ello en el alejamiento de la autoridad judicial única que voluntariamente se admitió por el o por los sometidos, conservando ella estos atributos de investigación o de juzgamiento y el poder definir las pretensiones que las partes con toda amplitud creyeran necesario controvertir. Para que así no sucediese, se requeriría de otra normatividad; pero, en las circunstancias actuales de la legislación, no es dable modificar esta competencia excepcional, muy definida en su naturaleza contenido y alcances.

El legislador de excepción sí condicionó la aplicación de esa legislación especialmente benigna pero exclusivamente a que quien hubiese cometido alguno de los delitos allí mencionados se presentase voluntariamente ante la autoridad judicial a confesar el hecho. Esta circunstancia fáctica determinaba automáticamente la aplicación de esas normas de excepción, que, como se sabe, no solamente fijaron rebajas de pena para los delitos confesados, sino que señalaron competencias y procedimientos especiales para éstos y aun para los no confesados y, al prever la fuga del sometido, como acertadamente lo puntualiza el Juez Penal del Circuito de la capital, se cuidó dicha normatividad de expresar que con la fuga del procesado perdería la condición de sometido, o desaparecería la competencia dada para investigar o para fallar esos asuntos, afirmando solamente en el artículo 4° del Decreto 2372 de 1990, incorporado como legislación permanente por el artículo 2° del Decreto 2265 de 1991, que: "los procesados de acuerdo con los procedimientos señalados en el Decreto 2047 de 1990, y en este Decreto, perderán los derechos que hubieren podido obtener por la confesión si incurrieren en fuga o intentan realizarla" y en evidente concordancia con el artículo 2° del Decreto 303 igualmente incorporado a la legislación permanente, agregó: "los hechos o conductas delictivas imputables a procesado que por desvirtuar el régimen de sometimiento a la justicia previsto en los Decretos Legislativos 2047 y 3030 de 1990, hagan perder cualquiera de los beneficios allí establecidos, deberán estar probados dentro del proceso, *y si se trata de hecho punible, sólo operarán a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria que lo declara*".

Por manera que la tesis del Juez Regional colisionante, no sólo se aleja de esta preceptiva vigente, sino que le asigna efectos de "sentencia condenatoria ejecutoriada" al simple hecho de la fuga del procesado sometido a dicho estatuto especial y, lo que es más grave, los toma en cuenta para efectos completamente distintos a los que señaló el legislador de excepción. Esta no es la forma correcta ciertamente, de administrar la "justicia oportuna y eficaz" que le encomendó aplicar dicho estatuto.

Las consideraciones precedentemente expuestas, permiten dirimir el conflicto en favor del Juzgado 73 Penal del Circuito de la ciudad capital. En consecuencia, se reconocerá que el conocimiento de la presente causa debe continuar en el Juzgado Regional de la ciudad de Medellín que inició el incidente de la referencia, a donde se remitirá el proceso inmediatamente, enterando al 73 Penal del Circuito de lo aquí decidido, manteniéndose así los resultados de la decisión tomada por el Tribunal Nacional, cuando definió un pedimento de nulidad, aspecto aquel que, a la definición de esta colisión, marca un antecedente de singular significado y repercusión.

5. De otra parte, como el proceso relacionado con la muerte violenta del doctor Luis Carlos Galán Sarmiento se remitió a la Corte por la Juez colisionada -la 73 Penal del Circuito de Bogotá- sin ninguna razón valedera ya que ese expediente nada tiene que ver con el conflicto trabado y aquí resuelto -la competencia de la Corte está limitada exclusivamente al incidente de colisión-, por la Secretaría de la Corporación regrésese a la indicada funcionaria el proceso mencionado.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* que debe continuar conociendo de este proceso (causas acumuladas por las muertes violentas de los doctores Hernando Baquero Borda y Guillermo Cano Isaza) el Juzgado Regional de Medellín que propuso el presente incidente.

En consecuencia, envíesele dicho proceso inmediatamente para que proceda de conformidad, previo informe de lo decidido al Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

2. Por Secretaría de la Corporación, devuélvase al Juzgado 73 Penal del Circuito de la ciudad capital inmediatamente el proceso que por la muerte del doctor Luis Carlos Galán Sarmiento tiene dicho despacho y que irregularmente fue remitido a la Corte para ser anexado al expediente de la referencia.

Cópiese 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.

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

SECUESTRO EXTORSIVO / TRIBUNAL NACIONAL / COMPETENCIA

El nuevo ordenamiento de excepción trasladó la competencia respecto del delito de secuestro extorsivo en todas las modalidades y sus conexos a la entonces llamada "jurisdicción de orden público" (art. 9-1) y parágrafo del Decreto Legislativo 2790 de 1990, con vigencia a enero 16 de 1991, modificado por el artículo 1º del Decreto 99 de 1991). Era obvio que la sentencia de primer grado proferida e impugnada antes de la vigencia de dichas normas, por disposición del artículo 14 del Decreto 2790/91 -declarado exequible por la Corte- fuese revisada por el Tribunal de Orden Público por ser ese el Juez de segunda instancia y esa la última actuación pendiente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8058.

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 090

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 24 de junio de 1992 por el entonces Tribunal Superior de Orden Público -hoy Tribunal Nacional, mediante la cual, con reformas y parcial revocación de la de primera instancia, condena a Hobnes Blandón Giraldo, Germán Montealegre Vargas y Leonel Ospina Trujillo, a cada uno, a las penas principal de veintidós años de prisión y accesoria de diez años de interdicción de derechos y funciones públicas, en calidad de coautores responsables de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio y hurto de uso en la persona y bienes de Rubén Sánchez.

En la misma providencia se absuelve a Evenney Montealegre Vargas y Noelba Romero Zapata por los mismos delitos y se adoptan y confirman otras determinaciones pertinentes al caso.

Hechos y Actuación Procesal

En la mañana del 23 de agosto de 1988, cuando Rubén Sánchez Manrique se dirigía a una finca de su propiedad en jurisdicción del municipio de El Espinal (Tolima), en un

vehículo también de su propiedad conducido por su empleado Eugenio Monroy, fue interceptado por varios individuos que con otro automotor le impidieron continuar su marcha, quienes intimidando al conductor con arma de fuego lo obligaron a apearse, tomando su lugar dos de ellos al lado del señor Sánchez -que desde el comienzo de la ilícita acción opuso la resistencia que las circunstancias le permitían pero fue doblegado- y continuando la marcha en el mismo carro de éste, hasta que a poca distancia y ya sin vida lo abandonaron dentro de su automotor, en donde fue hallado el cadáver por los ciudadanos que habían emprendido su búsqueda inmediatamente después de lo sucedido.

Por estos hechos fueron sindicados Holmes (a Olmes) Blandón Giraldo, Germán Montealegre Vargas, Leonel de Jesús Ospina Trejillo -hoy recurrentes-, Everney Montealegre Vargas y la mujer Noelba Romero Zapata, todos los cuales fueron comprometidos en juicio por los delitos de secuestro extorsivo, homicidio y hurto calificado y agravado, en providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué del 27 de julio de 1989 que confirmó con adición la resolución acusatoria impartida por el Juzgado 40 de Instrucción Criminal radicado en El Espinal, despacho éste que fue el encargado de iniciar y adelantar la investigación hasta su calificación.

Rituada la etapa de la causa, el Juzgado Primero Superior de esa ciudad profirió sentencia condenando a todos los implicados por los hechos punibles por los cuales habían sido vocados a juicio, el 2 de octubre de 1990, y el proveído fue apelado por la defensa. Ingresado el asunto al Despacho del Magistrado sustanciador en el Tribunal Superior del Distrito, la Sala de Decisión correspondiente, por auto del 15 de febrero de 1991, y ante el hecho de haberse investigado un delito de competencia de la jurisdicción de Orden Público -el secuestro extorsivo- de acuerdo con el para entonces recientemente expedido Estatuto para la Defensa de la Justicia -Decreto 2790 de 1990, art.11, vigente desde el 16 de enero de 1991 y el Decreto 099 de 1991 que lo modificó, adicionó y complementó, ordenó la remisión del proceso al Tribunal Superior de Orden Público -hoy Tribunal Nacional- que fue la Corporación falladora en segundo grado.

A la decisión de la primera instancia el *ad quem* introdujo algunos esenciales cambios, tales como absolver a los encausados Everney Montealegre Vargas y Noelba Romero Zapata; reformar la imputación por el delito contra el patrimonio económico tomándolo hurto de uso, y redujo en ocho meses el monto de la pena de prisión en su sentencia, que es la que ha sido recurrida en casación por la defensa de los tres condenados (fls. 1 y ss., 53 y ss., 112 y ss., 576-577, 585, 609-638 cd. ppl.1; 27-48, 309 y ss., 379-406 cd. ppl. 2; 25 cd.T. Dto., cd. Tr. Nal.).

La Demanda

El señor defensor de los procesados, en alegación común para todos solicita la casación del fallo de segunda instancia para que la actuación se anule a partir e inclusive desde el auto de cierre de la investigación, debido a haberse emitido en proceso viciado de la nulidad prevista en el artículo 304 del C. de P.P., por carencia de competencia de los jueces que lo calificaron y fallaron. Invoca, en consecuencia, la causal 3ª del artículo 220 del mencionado Estatuto.

El motivo de objeción se centra en haberse tramitado el proceso por los jueces de la jurisdicción ordinaria y no por los de la otrora llamada jurisdicción de Orden Público,

que era a los que correspondía hacerlo, pues uno de los delitos que se investigaba y por el que se condenó fue el de secuestro extorsivo, respecto del cual la competencia, para su fecha de consumación -23 de agosto de 1988- así como para cuando se cerró y calificó la investigación y para cuando se expidieron los fallos de las instancias, recaía en la segunda de tales jurisdicciones.

Explica que la jurisdicción de Orden Público fue creada por Decreto 1631 de 1987 con los juzgados que debían asumirla; que el Tribunal Superior de Orden Público fue creado por Decreto 474 de 1988, y en ambas normatividades se les atribuyó la competencia para la investigación y fallo del delito de secuestro extorsivo que de igual manera, en el Decreto 180 de 1988 se "estatuyó perentoriamente y en forma taxativa como hecho punible de trámite especial el secuestro extorsivo en el artículo 22" y se señaló el trámite a imprimirle a los respectivos procesos, y recuerda que los dos Decretos primeramente mencionados fueron convertidos en legislación permanente por el Decreto 2271 de octubre 4 de 1991.

Habiendo sido los sentenciados juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, que no era la competente desde el momento en que se estableció que uno de los delitos que en conexidad se investigaba correspondía a la de Orden Público- se presentaron las causas de nulidad 1 y 2 del artículo 301 del C. de P.P., consagradas como desarrollo de las garantías fundamentales previstas en los artículos 26 de la anterior Constitución -bajo la cual se rituó prácticamente todo el proceso- y 29 de la actual

Concepto del Ministerio Público

Consideraciones de la Corte

1. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice, en primer término, que el casacionista carece de interés en la forma como ha presentado la demanda, "pues lejos de propugnar por el mejoramiento de la situación jurídica de los procesados, lo que está auspiciando es que en un futuro éstos soporten una penalidad mayor a la impuesta en la sentencia censurada" (fl.16-5).

Sostiene que la pena prevista en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 es mucho mayor que la descrita en el artículo 268 del Código Penal y que, de todos modos el secuestro primeramente aludido, el del Decreto 180, no se da en el presente caso "por ausencia de fines terroristas", como en su momento lo señaló el sentenciador y tampoco se da por lo que concierne a "las calidades del sujeto pasivo exigida para la aplicación de las normas consagradas en la regulación de orden público" (fl.17). Sugiere, en consecuencia, que no se case el fallo.

2. Le asiste la razón a la Delegada en sus anteriores apreciaciones. En efecto:

a) Como para discutir el factor competencia el casacionista parte de la base de que el secuestro extorsivo cargado a los procesados, no es el previsto en el artículo 268 del Código Penal sino el del artículo 22 del Decreto Legislativo 180 de 1988, resulta obvio que no tiene interés para recurrir en casación, pues con tal pretensión le haría más gravosa la situación a sus representados, toda vez que la primera de dichas normas trae como pena la de prisión de 6 a 15 años, en tanto que la segunda, prisión de 15 a 20 años.

Aparte de esa evidencia penológica, también corre en forma manifiesta -como lo hace ver la Delegada- el hecho de hacerse el procesamiento en la jurisdicción de

competencia especial (antes de Orden Público, hoy Regional), en la cual el juzgamiento tiene mayores restricciones que en el ordinario.

So pretexto, pues, de guardar la legalidad de un proceso, no le está dado al casacionista realizar semejante y más gravosa alegación, ya que en vez de ayudar a su defendido -se insiste- lo estaría perjudicando.

b) De otra parte, que si era competente el Juzgado 40 de Instrucción Criminal que clausuró la investigación, no hay duda, porque resulta claro que el secuestro por el cual fueron acusados los procesados (además de los delitos de homicidio y hurto) se tipifica en el artículo 268 del Código Penal y no en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, como erradamente lo pretende el actor.

Esa misma alegación que sirve de apoyo a la demanda de casación, ya había sido hecha en la instancia y respondida correctamente. Así, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al confirmar la resolución acusatoria dijo al respecto:

"Trasladando lo anterior al caso *sub judice* se llega a la conclusión de que evidentemente se está en presencia de un delito de *secuestro extorsivo*, cometido por la delincuencia ordinaria y que por carecer de una *Connotación Política*, como lo enseña la honorable Corte Suprema de Justicia, escapa a las previsiones de los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, para encuadrar en los artículos 268 y 270-1 del Código Penal, como acertadamente lo calificó la primera instancia" (fl. 37-2). (Las cursivas son del original).

En la misma línea argumental se pronunció el Tribunal de Orden Público, cuando en la sentencia impugnada dijo sobre el tema:

"No es cierto que el *a quo* sea incompetente para conocer del proceso, como lo pregona la defensa cuando afirma pero no abunda en pruebas que así lo confirmen, que éste debió proseguirse por el mandato del Estatuto para la Defensa de la Democracia (Dec. 180 de 1988), por cuanto el plagio se encuentra allí tipificado. Pero como bien lo anota la Agencia Fiscal, las circunstancias que rodearon el hecho acá investigado, no ameritaban la aplicación del procedimiento, por cuanto no se trataba de actividades terroristas, ni la víctima tenía las calidades del sujeto pasivo señalado (s c) en este Estatuto. Valga no más estas cortas consideraciones precisas, para borrar toda duda sobre la regularidad procedimental seguida en este proceso y despejar... toda duda sobre la legalidad de lo actuado.. , planteada por uno de los defensores de los acusados" (fl. 22-3).

No tenía entonces en este caso concreto por qué entrar a operar la justicia especializada, simplemente debido a que no se estuvo en presencia del secuestro previsto en el Decreto Legislativo 180 de 1988, como ha quedado claro luego de las dos transcripciones acabadas de hacer. Por lo demás, el casacionista no ha argumentado para sustentar la tipicidad que propone; procedió como si entendiera que el mencionado artículo 22 suspendió el artículo 268 del Código Penal, cuando no fue así.

Ambas disposiciones tuvieron vigencia simultánea como lo precisó en su oportunidad la jurisprudencia de esta Corporación, porque la tipificación especial dependía de los fines terroristas y de las calidades del secuestrado. Teniendo en cuenta estos dos factores, resulta obvio que el secuestro de Rubén Sánchez Martínez quedaba tipificado en el Código Penal y no en la legislación especial.

Sentado lo anterior, podría preguntarse entonces ¿por qué conoció de este proceso el Tribunal de Orden Público? La respuesta es obvia, porque el nuevo ordenamiento de excepción trasladó la competencia respecto del delito de secuestro extorsivo en todas las modalidades y sus conexos a la entonces llamada "jurisdicción de orden público" (art.9-1 y parágrafo del Decreto Legislativo 2790 de 1990, con vigencia a enero 16 de 1991, modificado por el artículo 1° del Decreto 99 de 1991), era obvio que la sentencia de primer grado proferida e impugnada antes de la vigencia de dichas normas, por disposición del artículo 14 del Decreto 2790/91 -declarado exequible por la Corte-, fuese revisada por el Tribunal de Orden Público por ser ése el juez de segunda instancia y ésa la última actuación pendiente.

Así las cosas, la improsperidad del cargo es la consecuencia lógica de lo dicho.

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. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / PERJUICIOS / DEMANDA DE CASACION

La interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida y sólo en casos verdaderamente excepcionales en los cuales el acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa o en que se hayan socavado las bases esenciales del juzgamiento, podrá acudirse a esta medida en beneficio de los intereses del procesado y de la justicia misma. Las causales de casación civil sólo son viables en el proceso penal "cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria...".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7939.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta No. 89, octubre 6/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Vistos

Agotado el trámite de rigor, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado José o Jesús Antonio Ríos Gómez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de fecha quince de junio de 1992, mediante la cual se confirmó con ligeras modificaciones la del Juzgado 26 Superior de Bogotá, que impuso al procesado la pena principal privativa de la libertad de tres años de prisión, multa de un mil quinientos pesos, la suspensión en el ejercicio de la profesión por dieciocho meses, como autor responsable de los delitos de homicidio en las personas de Germán Darío Carrillo Cubides, María Inés Arias de Carrillo y María Ximena Carrillo consumados a título de culpa.

Se le condenó igualmente a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Antecedentes

El concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, contiene la siguiente adecuada síntesis de los hechos que motivaron la investigación:

"...A eso del mediodía del dieciocho de noviembre de 1984 en la vía carreteable que de Zipaquirá lleva a Cajicá, como consecuencia del exceso de velocidad de la arbitraria invasión del carril contrario para sobrepasar a otro vehículo que lo precedía, el camión de placas PA-7165, conducido por Jesús Antonio Ríos Gómez, embistió aparatosamente al automóvil Renault 6 de placas AI-3286, que avanzaba en sentido opuesto, a consecuencia de lo cual murieron en el acto tanto su conductor Germán Darío Carrillo, como su esposa Ines Arias de Carrillo y su hija María Ximena Carrillo Arias...".

El Juez de Instrucción abrió la correspondiente investigación y calificó su mérito, mediante auto calendado el 28 de agosto de 1989 que profirió resolución de acusación por el tripe homicidio consumado a título de culpa y ejecutoriada esta decisión se remitió el proceso al Juzgado 26 Superior, despacho que abrió el juicio a prueba el 29 de enero de 1990 y agotado su trámite profirió la sentencia que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Se impugna la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal segunda del art. 368 del C. de P. Civil por "...no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda..." y en el art. 220 del C. de P P., por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad, y a cuyo amparo se formulan diversos cargos.

Primera causal invocada: El cargo formulado con apoyo en la causal segunda de casación del C. de P. Civil se hace consistir en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda.de constitución de parte civil, por constituir un fallo *ultra petita*.

Con respaldo en jurisprudencia de la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema, expresa el libelista que la sentencia debe guardar estrecha armonía con la demanda y que aquélla no puede extenderse respecto a lo pedido en la demanda. Que en el caso concreto objeto de juzgamiento, en la demanda de constitución de parte civil se estimaron los perjuicios materiales ocasionados por la muerte de los dos esposos en la cantidad de tres millones de pesos y que tanto el Juzgado como el Tribunal condenaron por suma de pesos en cantidad muy superior.

Concluye este cargo el recurrente solicitando a la Corte casar parcialmente la sentencia, se revoque el numeral tercero que condenó en concreto al pago de perjuicios y en su lugar, se profiera condena acorde con las pretensiones y peticiones de la demanda de constitución de parte civil.

Segundo Cargo: En su nuevo cargo formulado al amparo de la causal tercera del C. de P.P., afirma el recurrente, que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad por haberse violado en él, formas propias sustanciales del debido proceso. El actor discurre largamente en torno a la afirmación anterior, pero las irregularidades que anota como violatorias del debido proceso se pueden compendiar así:

Que el art. 177 del C. de P.P., en cuya vigencia se tramitó el sumario, dispone que al procesado que no este privado de libertad, como a su defensor, para notificarles la resolución de acusación se les citará por cualquier medio eficaz para que se presenten dentro de los tres días siguientes a recibir la correspondiente notificación que no aparece constancia alguna en el sentido de que al Dr. Luis Gabriel Moreno Lovera, defensor del procesado, se le haya hecho esta citación, razón por la cual no pudo presentar su alegato de conclusión que al no presentarse el nombrado por el procesado, el Juzgado designó como defensor de oficio al Dr. Jorge Eliécer Cala a quien le dio posesión y notificó la resolución acusatoria y cumplido lo anterior se remitió el expediente al Juez del conocimiento que lo fue el 26 Superior, quien lo recibió el 25 de enero de 1990, que en estas condiciones se adelantó el juicio hasta el momento de la audiencia pública, donde volvió a intervenir el Dr. Moreno Lovera, defensor de confianza designado inicialmente por el procesado.

Concluye el recurrente, que por lo anterior: "...se privó de una defensa técnica y profesional al procesado, se le privó del derecho a tener un defensor de confianza, a la asistencia del abogado escogido por él como lo establece el art. 29 de la Constitución de 1991, violando así el debido proceso y el derecho a una defensa escogida por el procesado...configurándose una irregularidad no sancable por ningún motivo, lo cual afecta sustancialmente el procedimiento y el debido proceso...". Que como el auto de proceder no se sometió a control de legalidad, trámite que se omitió, no se corrigió oportunamente la irregularidad anotada, que ahora vicia de nulidad todo lo actuado.

Concluye en consecuencia su demanda, solicitando a la Corte casar la sentencia recurrida, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación y ordenar el reenvío del expediente, para que se subsanen las irregularidades anotadas.

El Ministerio Público:

En acatamiento al principio de prioridad al emitir su concepto, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se refiere en primer término a la causal de nulidad que invoca el actor.

Al respecto anota, que el cargo que formula el recurrente por desconocimiento de las formas propias del juicio y la lesión al derecho de defensa, no corresponde a la realidad demostrada en el proceso.

Empieza por recordar que por la época en que se profirió el auto que declaró cerrada la investigación, estaba vigente el C. de P. P., de 1987, no modificado aún por el Decreto 1861 de 1989, normatividad que sólo exigía la citación del procesado ausente y del señor Agente del Ministerio Público, sin que fuera necesario hacerla al abogado defensor, quien debía estar atento al desarrollo del proceso si deseaba presentar oportunamente sus alegaciones, citación que sí realizó en relación con el acusado, quien no obstante no compareció al proceso. Y agrega:

"...Al Defensor del procesado no era menester enviarle mensaje para que compareciera a notificarse del cierre de la investigación y por ende así enterado, presentara su alegación previa a la calificación del sumario dentro del término correspondiente, porque a él le era exigible mantenerse atento al desarrollo del proceso para intervenir procesalmente en oportunidad, máxime que el procesado que defendía entonces, disfrutaba de libertad

provisional. Por lo demás, la presentación o no del alegato precalificatorio es una actividad procesal que cae bajo la órbita discrecional del defensor de hacer o no uso de tal oportunidad procedimental...".

Sobre el segundo reproche que como vicio generador de nulidad alega el recurrente, afirma la Delegada que si bien es cierto que el defensor designado por el acusado no fue citado para notificarle el auto calificatorio, tal omisión carece de relevancia jurídica, debido a que el Juzgado le designó al procesado un defensor de oficio a quien le notificó personalmente la resolución acusatoria y con quien se adelantó la causa. Por eso dice:

"...Así pues, aquella falta de notificación al defensor de confianza del procesado, fue suplida después con la que recibió el defensor de oficio, así su inserlación en el proceso no haya sido la más ortodoxa. De todas maneras el derecho a la defensa en las dos situaciones fácticas salió ileso...". Agrega la Delegada que el impulso del proceso no puede resignarse a que alguno de los sujetos procesales compareciera oportunamente y que por ello la ausencia por más de un mes del defensor llevó al Juez Instructor a designar en su reemplazo un defensor de oficio, situación irregular que se subsanó cuando el defensor de confianza asumió nuevamente la defensa de los intereses a él encomendados.

Sostiene la Procuraduría, que si bien el Juez del conocimiento una vez recibido el proceso después de su calificación, no profirió auto de control de legalidad, ello obedeció a que por la época en que el funcionario recibió el proceso, la disposición que lo ordenaba, artículo 486 del C. de P.P., anterior, ya había salido del ordenamiento legal, por haber sido expresamente derogado por el artículo 37 del Decreto 1861. Por eso, concluye la Delegada, afirmando que los reproches resultan inanes o faltos de razón por cuanto el presunto quebranto al derecho de defensa no se dio en el caso examinado.

En relación con el segundo cargo que el censor formula al amparo de la causal segunda del C. de P. Civil, por incongruencia entre la sentencia y la pretensión contenida en la demanda de constitución de parte civil, sostiene la Procuraduría que el demandante se limita a formularlo sin claridad y precisión en la *causa petendi* y sin demostrar de manera cierta cuál era la incongruencia entre la sentencia y las diversas pretensiones del actor en su demanda. Solicita en consecuencia, desestimar el cargo.

Consideraciones de la Corte

Como se anotó, y siguiendo la prioridad que la técnica y la lógica demandan, se ocupará la Sala en primer lugar de la causal de nulidad que de prosperar conllevaría a invalidar toda la actuación.

Según el actor, en el juicio adelantado contra Jesús Antonio Ríos Gómez, se violaron normas esenciales de procedimiento y el procesado recurrente no contó con las posibilidades de ejercitar plenamente el derecho de defensa.

Sostiene en primer lugar, que el auto de cierre de investigación no le fue notificado al abogado defensor, quien en consecuencia estuvo privado de la oportunidad de alegar en favor de su asistido.

Para desechar este cargo, basta observar que el auto de cierre de la investigación se profirió con fecha dieciséis de septiembre de 1987 en vigencia del Código de

Procedimiento Penal del citado año, que en su art. 177 disponía, que la mencionada providencia sólo debía ser notificada personalmente al procesado privado de libertad y al Ministerio Público. A este funcionario y al procesado no privado de libertad, para efectos de la notificación personal, debía citárseles dentro de los tres días siguientes por cualquier medio eficaz y si no comparecían se les notificaría por edicto. Con esta formalidad se cumplió a cabalidad en el proceso. En estas condiciones, el Juez de Instrucción no estaba en la obligación de citar al defensor para notificarle la aludida providencia, que sería notificada por edicto como efectivamente se hizo. El edicto aparece al folio 217 del sumario con la constancia de la Secretaría de haber permanecido fijado por el término de ley. Si el profesional del derecho, no se presentó al despacho, como era su deber, para enterarse de las decisiones que podían afectar los intereses a él encomendados y no alegó en la etapa previa a la calificación, sólo a su negligencia y descuido puede atribuir esta omisión que ahora no puede alegar como quebranto del derecho de defensa o violación del debido proceso. Es lo cierto, que los trámites procedimentales se observaron a plenitud.

En un segundo reproche afirma el demandante, que una vez proferida la resolución de acusación, esta decisión no le fue notificada al abogado defensor quien no fue citado para tal fin.

Asiste la razón al recurrente en cuanto que en realidad el auto calificatorio no le fue notificado al defensor de confianza doctor Gabriel Moreno Lovera, sino a un defensor de oficio designado por el Juzgado. Sucedió que una vez proferida la resolución acusatoria, el Juzgado equivocadamente al citar al defensor del acusado para efectos de la notificación, no llamó telegráficamente al doctor Moreno Lovera, sino a la doctora Flor Yamile Bocel quien había figurado en el proceso representando los intereses de la parte civil. Como era de esperarse, dicha profesional no se presentó al Juzgado y el Juez previo informe del Secretario en tal sentido, dictó el auto de fecha noviembre 22 de 1989, nombrado defensor de oficio del proceso Jesús Antonio Ríos Gómez, al doctor Jorge Eliécer Cala Parra, quien aceptó el cargo, tomó posesión de él y fue notificado personalmente del auto calificatorio, cumplido lo cual se remitió el expediente al Juez del conocimiento, que lo fue el Juez 26 Superior de Bogotá.

Este funcionario no profirió auto de control de legalidad, porque la norma del C. de P.P., de 1987 que así lo disponía había sido expresamente derogada por el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989 ya vigente para ese momento procesal. De ahí que el Juzgado, abriera el juicio a prueba mediante auto que fue notificado personalmente, no al defensor de oficio, sino al defensor de confianza doctor Moreno Lovera, quien para entonces ya había asumido nuevamente la defensa del procesado.

En esta irregularidad se basa el demandante para afirmar que se violaron los derechos del acusado a quien se privó de una adecuada defensa.

Considera la Sala, que el cargo carece de fundamento y que el recurrente pretende elevar a la categoría de nulidad constitucional, por quebranto del art. 29 de la Carta, como lo expresa en su libelo, una simple irregularidad que al no lesionar en forma evidente ni efectiva el derecho de defensa no tiene la fuerza intrínseca que el censor le atribuye para invalidar la totalidad de la actuación o parte de ella. Ha sostenido esta Sala, que la interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida y que sólo en casos

verdaderamente excepcionales en los cuales el acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa o en que se hayan socavado las bases esenciales del juzgamiento, podrá acudirse a esta medida en beneficio de los intereses del procesado y de la justicia misma. No es este por cierto uno de tales casos y por ello, carecería de todo fundamento jurídico elevar a la categoría de vicio generador de nulidad aquello que es tan solo una irregularidad.

En efecto: al mirar detenidamente el proceso, se observa que el acusado no estuvo en ningún momento desprotegido de su defensa técnica. Es verdad que la resolución de acusación se notificó a un defensor de oficio designado por el Juzgado y no al defensor de confianza que por error no fue citado, defensor oficioso que tuvo una aparición fugaz en el proceso, pues fue reemplazado días después al abrirse la causa a prueba. No ha demostrado el recurrente qué actuación diferente o mejor, había podido ejercitar el defensor de confianza en tan corto lapso en defensa de sus intereses, si como se observa de autos, éste tuvo la oportunidad de solicitar pruebas y de intervenir en la audiencia, criticando y refutando los cargos formulados en el auto calificatorio. No se ha demostrado entonces, como era deber del casacionista, en qué forma o de qué manera se afectó el derecho de defensa, pues se repite, se trata de una simple informalidad o irregularidad en el trámite del juicio sin especiales proyecciones y sin significado trascendente en la secuela general del juzgamiento.

Debe anotarse además, que se trata de una irregularidad subsanable y que los interesados en reclamarla guardaron completo silencio al respecto. Fue así como el procesado no expresó su inconformidad con el cambio del defensor de confianza, ni éste en su oportunidad solicitó que se retrotrayera la actuación o se corrigiera el error convalidando con este proceder omisivo la actuación del Juzgado.

Lo anterior, es suficiente para concluir que en el caso de examen no se han vulnerado el derecho de defensa ni las normas sustanciales que regulan el debido proceso. En estas condiciones, no puede prosperar la censura.

Cargo segundo:

En un segundo reproche, ya el casacionista acepta la validez de la actuación procesal, y en actitud totalmente contradictoria con el planteamiento anterior, solicita al amparo de la causal segunda de casación del artículo 368 del C. de P. Civil, que se case parcialmente la sentencia y convertida la Corte en Tribunal de instancia, proceda a efectuar una adecuada tasación de los perjuicios ocasionados con el delito, por constituir la sentencia un fallo *ultra petita* y existir incongruencia entre la sentencia y las pretensiones contenidas en la demanda de constitución de parte civil.

Como lo resalta con acierto el Ministerio Público, es confuso el razonar del impugnante, quien aspira a que la Sala proceda a efectuar un examen minucioso de las pruebas que obran en autos y en especial de los dictámenes periciales, para establecer el desacuerdo que anota entre la sentencia y la demanda, función que no es propia del Juez de casación que no puede suplir en este campo la actividad que corresponde al demandante.

Debe anotarse además, que el casacionista en la formulación de este cargo contraría abiertamente lo dispuesto en el art. 221 del C. de P. P., al acogerse conjuntamente en la

misma demanda a causales de casación civil, desconociendo que según el precepto antes citado, las causales de casación civil sólo son viables en el proceso penal, "...cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria...".

Actuar de manera diferente llevaría a la Sala a aplicar dos procedimientos en una misma sentencia en muchos aspectos incompatibles entre sí.

En estas condiciones, los errores y deficiencias de que adolece la demanda en este cargo, llevan a su rechazo.

Como la Sala no encuentra procedente ninguna de las causales aducidas, acogiendo el pensamiento del señor Procurador Tercero Delegado, no casará la sentencia y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

En mérito a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación, en total acuerdo con el concepto del señor Procurador Tercero 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 José o Jesús Antonio Ríos Gómez, 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, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lanhana, Secretario.

SENTENCIA / CONFESION / REBAJA DE PENA

Los fallos de primera y segunda instancia guardan unidad conceptual en todo lo que el superior no haya descalificado expresamente. Por consiguiente, para establecer una tacha de esta naturaleza, por fuera se han de estudiar los dos proveídos. / La disminuente consagrada en el artículo 229 del C. de P. P. se refiere a la confesión simple, descartándose la confesión calificada, salvo que el fallo reconozca que las exculpaciones del procesado se ciñen a la realidad. En caso contrario y teniéndose en cuenta que su colaboración con la justicia -esencia y razón de ser de la minorante- no fue sino aparente, resultaría insólito, por tanto que, en presencia de un engaño de tal naturaleza, el Estado premie a quien pretende ponerle escollos a la recta administración de justicia y al descubrimiento mismo de la verdad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8085.

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

Aprobado Acta No. 90.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado José Oliverio Monroy Díaz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Único Superior de Zipaquirá, hoy Segundo (2º) Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio simple, sancionándolo a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, más las accesorias de rigor.

Hechos

La síntesis fue realizada con propiedad por el Tribunal. Esta es la cita textual de sus palabras:

"Tuvieron ocurrencia en el municipio de Carmen de Carupa el día dieciocho (18) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) siendo aproximadamente las 8:00 p.m., en el establecimiento comercial de propiedad del señor Oliverio Camacho Murcia, cuando encontrándose el hoy occiso departiendo con algunos amigos y su hermano Pedro Díaz, ingresó al mencionado establecimiento el señor José Oliverio Monroy, quien sin mediar discusión, arrojó una botella de cerveza al lugar en donde se encontraba ubicado Carlos Díaz para casi inmediatamente propinarle herida con arma de fuego a la altura del cuello, como resultado de la cual éste quedare en principio herido, y posteriormente le trajera como consecuencia la muerte."

Sinopsis procesal

Esta vez el compendio lo hizo con acierto la Delegada. Sus términos fueron los siguientes:

"Con auto del dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Promiscuo Municipal de Carmen de Carupa ordenó, con fundamento en la constancia dejada por el mismo funcionario el día de los hechos, la iniciación del proceso penal".

Al día siguiente escuchó la versión injurada del indiciado quien aseveró que tuvo un problema en la tienda de Oliverio Camacho porque entró allí a tomarse una cerveza "y el señor Carlos Díaz me iba a atacar con un cuchillo y me defendí, portaba un arma, creo que le hice un tiro para no dejarme puñaliar (sic)"; al ser interrogado en relación con anteriores declaraciones de testigos presenciales de los hechos, dijo que tales atestaciones, son falsas, pues los acontecimientos se desarrollaron en la forma como fueron narrados por él.

Con auto del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Promiscuo Municipal resolvió la situación jurídica del encartado, profiriendo en su contra orden de detención preventiva como sindicado del delito de tentativa de homicidio, habida cuenta de que para aquella fecha aún no había fallecido el agredido Carlos Díaz, quien lo hizo el día veintiséis de mes y año anteriormente citados en la Clínica Palermo de esta capital.

Conocido el fallecimiento, el Juez Promiscuo Municipal de Carmen de Carupa, modificó el auto de detención proferido contra el procesado, para aclarar que la medida restrictiva de la libertad procede por el delito de homicidio y no de la simple tentativa de éste, como inicialmente se había afirmado.

Luego de practicadas numerosas pruebas, el asunto pasó al Juzgado Dieciocho Superior de Bogotá que, luego de avocar su conocimiento, dispuso la elevación de otros medios de prueba con miras a perfeccionar la investigación iniciada por el Juzgado Promiscuo de Carmen de Carupa.

Vencido el término establecido por la ley para la formación del sumario, el Juzgado Dieciocho Superior declaró cerrada la investigación con proveído calendado el dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y luego de tramitar un incidente de libertad del indiciado, procedió a la calificación del mérito sumarial en providencia fechada el dieciocho (18) de octubre del mismo año, cuando decidió llamar a responder

en juicio criminal por la vía en que interviene el jurado de conciencia, al encartado Montoy Díaz, sindicado del delito de homicidio investigado.

Habiéndose interpuesto el recurso de apelación contra el auto de proceder proferido, la segunda instancia la desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en auto que lleva fecha treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), confirmatorio de la decisión cuestionada.

Superada la etapa probatoria del juicio, se dispuso la práctica de audiencia pública de juzgamiento sin la intervención del Tribunal popular, habida consideración de que su intervención desapareció por virtud de nuevas -en ese entonces- disposiciones procesales.

Luego de algunas contingencias procesales y en obedecimiento a lo dispuesto en el Decreto 2270 de 1989, se dispuso la remisión del proceso al Juzgado Unico Superior de Zipaquirá, por ser de su competencia y haber comenzado a despachar. El cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) el citado Juzgado asumió el conocimiento del asunto.

Practicada la diligencia de audiencia pública dentro de los marcos legales pertinentes, el Juzgado Unico Superior de Zipaquirá procedió a dictar sentencia de primer grado, en la que condenó al enjuiciado a pagar la pena principal de diez (10) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de homicidio.

Apelada la sentencia, recibió integral confirmación por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, según quedó reseñado.

La Demanda

En el ámbito de la causal primera de casación del artículo 220 numeral 1 del C. de P. P., el recurrente formula los siguientes reproches:

Primero

Acusa la sentencia de segunda instancia por haber incurrido en manifiestos errores de hecho, pues el Tribunal de Cundinamarca "...omitió en la sentencia la prueba de la confesión y alegación que de legítima defensa hizo en su indagatoria el acusado...". De haberla tenido en cuenta, el fallo hubiera sido absolutorio, concluye. Con el yerro cometido se violaron los artículos 298, 254 y 217 del C. de P. P., llegando al través de ellos a la aplicación indebida del artículo 323 del C. P.

En el acápite denominado "Demostración del cargo", el recurrente advierte que el proveído "...falta lamentablemente en decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, respecto a todos los debates e incidencias del proceso, cual es el de la legítima defensa alegada a lo largo de la indagatoria puesto que únicamente se limitó a defender una tesis relativa a la preterintención". Ello equivale a una omisión de la pieza procesal, es decir, "...ignoró la confesión, no la valoró; nada dijo sobre ella".

A continuación se dedica a transcribir los apartes pertinentes para asegurar luego que ninguna de las probanzas practicadas desmiente "...su apreciación subjetiva y

alegación de legítima defensa...", terminando por recordar el altercado anterior, con agresiones de hecho, que días atrás tuviera el occiso con su defendido. Así las cosas, dice, se impone la aplicación del numeral 4 del artículo 29 perteneciente a la sistemática penal, luego de infirmarse la sentencia.

Segundo

El sentenciador cometió una violación indirecta de la ley sustancial al incurrir en un error de hecho por omisión sobre la confesión que hiciera su poderdante "...cuando voluntariamente se entregó para responder por su conducta...", haciéndose acreedor a la rebaja punitiva contemplada en el artículo 299 del estatuto procedimental. Como resultado, el fallo violó este precepto, en compañía de los arts. 249 *ibidem* y 61 del C. P.

Tercero

Plantea un nuevo error de hecho, violatorio en forma directa de la ley sustancial, al tergiversar el fallador el dictamen pericial que describe la trayectoria seguida por el proyectil que le causó la muerte a Carlos Díaz, descartando que la víctima se hallaba sentada en el momento de recibir el impacto, lo cual contradice las versiones de los testigos presenciales. Sin embargo, el Tribunal lo desestimó "... procediendo a señalar posibles causas de tan extraña trayectoria del proyectil mediante simples suposiciones carentes de todo fundamento, con lo que desvirtúa por completo el valor probatorio de un concepto científico".

Pese a que en el proceso no obra prueba alguna que controvierta la experticia en mención, se le da "pleno valor probatorio" a los testimonios "...a pesar que provienen de personas allegadas a la víctima, con quien los unía una estrecha amistad, hecho que los hace parcializados en contra de mi defendido, quien si bien es cierto era también conocido suyo, no lo era en el mismo grado."

Finalmente critica el que la sentencia controvertida "...no hace valoración alguna y sólo hace eco en lo manifestado por el juez del conocimiento que afirma, en ellas no se denota interés alguno en perjudicar a un inocente, afirmación que no tiene una base probatoria firme, pues el instructor no se preocupó por establecer cuál era la real situación de amistad para con José Oliverio Monroy Díaz".

Concepto del Procurador Tercero (3°) Delegado en lo Penal

Primer cargo:

Luego de reconocer que el Tribunal en verdad no se refirió a la confesión, advierte que las sentencias de primero y segundo grados forman un todo armónico salvo en puntos contradictorios o rechazados expresamente por el Tribunal. Transcribe, entonces, los apartes del *a quo* sobre el análisis de la confesión que, en su opinión "...demuestran claramente el proceso del juicio del sentenciador en torno al tema planteado...", que lo llevó a concluir que las cosas no tuvieron ocurrencia en la forma planteada por el imputado y por tanto, debían ser desechadas como criterios de veracidad. Por ello, concluye, la improsperidad de la censura es manifiesta.

Segundo cargo:

Aclara en primer término que la normatividad aplicable en este asunto es el Decreto 050 de 1987, y que el delincuente fue sorprendido en estado de flagrancia "...en la medida en que fue visto en el momento de cometer el hecho:..." y los testigos pudieron observar el instante preciso en el que se produjo el homicidio. Por consiguiente, no resultaba procedente el reconocimiento de la rebaja punitiva, lo que indica la desestimación de este ataque.

Tercer cargo:

Resalta la impropiedad que da al traste con la impugnación al afirmar el demandante que la infracción a la ley sustancial se produjo en forma directa, pese a lo cual desarrolla el reproche en el marco de una inadecuada valoración de los varios elementos de convicción tenidos en cuenta por el fallador, olvidando, además, la inexistencia de tarifa legal que cuantifique las probanzas que cita en apoyo de sus pretensiones. Además, omitió señalar el precepto sustancial vulnerado. Finalmente, en lo que se refiere al dictamen pericial -afirma la Delegada- que no fue tergiversado sino enfrentado a la prueba testimonial y la diligencia de reconstrucción de los hechos para refutar sus resultados. Lo que hizo el sentenciador fue escoger una de las dos opciones que se le presentaban, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Tampoco -dice- tiene vocación de prosperidad este ataque.

La Corte

Primer cargo:

Según las palabras del libelo, el Tribunal "...omitió en la sentencia, la prueba de la confesión y alegación que de legítima defensa hizo en su indagatoria el acusado...". Más adelante precisa que como únicamente el *ad quem* se limitó a defender una tesis relativa a la preterintención, ello equivalente a "...una omisión pura y simple, ignoró la confesión, no la valoró, nada dijo sobre ella...".

Apenas comienza la lectura y ya se advierten las primeras fallas del ataque. La Sala se enfrenta a un enunciado genérico que conspira contra la claridad de la demanda y el pensamiento del actor al callar éste sobre el falso juicio que dio origen a la falencia. Sin embargo, es de entender -por las expresiones utilizadas- que se refiere a un falso juicio de existencia por omisión de la prueba. Así lo advierte la Sala y por ello se detiene en la versión del inculpado para establecer en qué medida podría asistirle razón al recurrente. El día de autos -asegura en su indagatoria- entró a tomarse una cerveza a la tienda de Oliverio Camacho en busca de su amigo Alirio Yomayuza. Sin embargo, de inmediato uno de los clientes que se encontraba sentado, Carlos Díaz, se paró y lo atacó con un cuchillo, viéndose obligado a repeler el ataque disparándole con un arma de fuego que llevaba consigo. Como antecedentes, citó un enfrentamiento veinte días atrás, en el que fue lesionado por Díaz con un destornillador, cuando trataba de evitar que le pegara a su progenitor.

Mirado la providencia de segunda instancia le asiste razón al recurrente acerca del silencio que guardó sobre la injurada, pues la Corporación apenas se refirió a la tesis esgrimida por la defensa en el alegato sustentatorio de la apelación, acerca de la índole

preterintencional que le cabía al homicidio materia de investigación. No obstante, la falencia es aparente. Como lo recuerda el colaborador del Ministerio Público, los fallos de primera y segunda instancias guardan unidad conceptual en todo lo que el superior no haya descalificado expresamente. Por consiguiente, para establecer una tacha de esta naturaleza, por fuerza se han de estudiar los dos proveídos.

En lo que se refiere al de primer grado, la carencia del superior se ve suplida con creces por lo que se entiende que el Tribunal -esquivando una reiteración innecesaria- aprobó en toda su extensión la respuesta del, por entonces Juez Unico Superior de Zipaquirá. En efecto, luego de recordar la versión exculpatoria de Monroy, advierte el *a quo* que son múltiples los testimonios que lo desmienten, empezando por el del propio Alirio Yomayuza, de quien no se sospecha parcialidad alguna y quien pudo observar cuando José Oliverio, luego de pedir una cerveza y tomarse dos sorbos, le arrojó la botella a Díaz, quede inmediato se paró para enfrentarse en el mostrador, momento en el cual el procesado sacó un revólver y le disparó a su contrincante. La conclusión del funcionario es contundente: "...esa manifestación expuesta por el amigo del enjuiciado hace ver cómo la intención de Monroy Díaz no era la que planteó, sino que sabía a qué ingresaba allí, como era el querer sanar una rencilla creada por un ex amigo...". En parecidos o similares términos se expresan Pompilio Yomayuza y Oliverio Camacho.

Más adelante, luego de descartar las tesis esgrimidas por la defensa (" .. una figura eximente de responsabilidad o en el peor de los casos diminuente de la punibilidad. "), afirma:

"Démonos cuenta de que los testimonios son totalmente concordantes con la realidad, máxime si se tiene en cuenta que es un número considerable de declaraciones y que todas concuerdan en los elementos fundamentales del comportamiento que ejerció la noche de autos el señor José Oliverio Monroy Díaz; tales como que éste ingresó a la tienda, se acercó al mostrador, pidió una cerveza, tomó unos tragos, se volteó hacia la mesa donde estaban las únicas personas que se encontraban allí dentro, y en seguida procedió a lanzar la botella en contra de Carlos Díaz e instantáneamente esgrimió el arma y la accionó contra la humanidad del mismo logrando con tal actuar su objetivo, lo cual nos deja ver con claridad que si el procesado José Oliverio Monroy Díaz, sabía que el señor Carlos Eduardo Díaz Arévalo se encontraba allí dentro, pues cuando entró no dirigió la mirada hacia la mesa, sino lo hizo una vez tuvo la botella en la mano y así mismo la oportunidad de enviarla contra la humanidad de su víctima.

"De esta forma encuentra el Despacho sin ninguna duda que el actuar de Monroy se efectuó con voluntad, es decir, a título de dolo, que siempre quiso dicho resultado el implicado".

Finalmente, indica que el encartado no sufrió agresión alguna por el occiso, así como tampoco que hubiera tenido un arma en su poder, con lo cual rechaza explícitamente la tesis de la legítima defensa, sostenida tanto por Monroy, como por su apoderado en la audiencia pública.

No cabe la menor duda, por tanto, de que se analizó con mesura y ponderación la injurada del sindicado y si sufrió la desestimación correspondiente fue por no compaginar con la abundante prueba testimonial que la desmentía. Este detallado estudio del inferior no encontró tacha en el Tribunal que, al no reprobarlo o modificarlo expresamente, es de

entender que lo acogió en su integridad, razón por la cual únicamente se dedicó a estudiar y refutar un posible homicidio preterintencional, esgrimido en la sustentación de la apelación.

La sinrazón del ataque es evidente, no sólo por la carencia de técnica en su presentación sino también por no reflejar la realidad procesal.

Segundo cargo:

Esta vez el error de hecho planteado por el casacionista se refiere a un falso juicio de existencia -surgido a la vida jurídica- cuando el Tribunal dejó de apreciar la confesión de su patrocinado, negándole la posibilidad de acceder a la rebaja de pena que prescribe el artículo 299 del C. de P. P.

Como en varias oportunidades lo ha expresado la Corte, la diminuente consagrada en la disposición en cita se refiere a la confesión simple, descartándose la confesión calificada, salvo que el fallo reconozca que las exculpaciones del procesado se ciñen a la realidad. En caso contrario, y teniéndose en cuenta que su colaboración con la justicia -esencia y razón de ser de la aminorante- no fue sino aparente, resultaría insólito, por tanto, que, en presencia de un engaño de tal naturaleza, el Estado premie a quien pretende ponerle escollos a la recta administración de justicia y al descubrimiento mismo de la verdad.

En el caso de ahora -como ya se vio en el cargo anterior- el imputado admitió haberle dado muerte a Carlos Díaz, pero argumentó en su defensa que su actitud había sido provocada por el occiso quien -sin razón aparente ni provocación alguna- se abalanzó sobre él cuando ingresaba a un expendio de licor, con un cuchillo en la mano. No obstante, la fementida causal de justificación no encontró asidero en la prueba arrimada al expediente pues todos los testigos -Luis Pompilio Yomayuza, Basilio Yomayuza, Alirio Yomayuza y Oliverio Camacho- coincidieron en afirmar que la agresión había partido del mismo procesado quien luego de arrojarle a la víctima la botella de cerveza que tenía en la mano, desenfundó un revólver que llevaba consigo, disparándole una sola vez, con los resultados conocidos.

Es claro, por tanto, que se está en presencia de una confesión calificada que, como ya se advirtió, se encuentra excluida del reconocimiento de la atenuante punitiva. La actitud de las instancias al no deducirla en favor del reo es acertada.

Tampoco este reproche prospera.

Tercer cargo:

Se tergiversó el dictamen de balística emitido por el Instituto de Medicina Legal, como quiera que en las dos instancias se desvirtúan sus fundamentos al aducir que "...contradice totalmente las versiones de los testigos oculares de los hechos quienes afirman que la víctima recibió el disparo de arma de fuego cuando se hallaba en posición de sentado y no de pie como asegura mi defendido..."

Se alega, por consiguiente, un error de hecho por falso juicio de identidad, merced a la cual el fallador al estudiar una prueba determinada se equivoca al interpretar su contenido, haciéndolo expresar hechos diferentes de los que enseña.

Sin embargo, éste no es el caso presente. El dictamen que presuntamente sufrió la distorsión por el sentenciador dice que, por la trayectoria del proyectil, el occiso se encontraba de pie. Textualmente asevera la experticia que el disparo se efectuó "...de frente en sentido lateral de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha. En consecuencia ante la descripción de esta trayectoria, se descarta que el sujeto pasivo se encontrara sentado y el activo de pie, en virtud de que la trayectoria, real en el cuerpo sería supero-inferior y en el Protocolo de necropsia la trayectoria es en sentido contrario, es decir infero-superior...". No obstante y aunque plantea que para que se cumpla la trayectoria los contrincantes deben encontrarse de pie, también sostiene la posibilidad de "...que la víctima haya hecho un movimiento instintivo levantando el brazo inclinando el cuerpo lateralmente para que el proyectil penetrara por el hueco axilar izquierdo...".

Sobre el particular, el Tribunal no se refirió expresamente al dictamen de balística. Recuerda el lanzamiento de la botella contra el occiso hecho por Monroy, el disparo que le efectúa en su contra y su rápida huida del lugar. En cuanto al disparo en sí, destaca la necropsia practicada a Díaz en la que se expresa que el proyectil se alojó en la cara lateral izquierda del cuello causándole lesiones a la tráquea, a grandes vasos y a la región medular. Los datos le demuestran al sentenciador las intenciones dolosas del acusado puesto que no otra cosa indica el haberle hecho el disparo "...al tronco de la persona, en el que se encuentran localizados gran cantidad de órganos y venas que, comprometidos, generan la muerte de la persona...".

Como se ve, no hay ninguna referencia a la probanza presuntamente distorsionada. Simplemente no la toma en cuenta, complementando la autopsia con los testimonios de quienes presenciaron el infortunado suceso criminoso.

Es claro que la parquedad del Tribunal es indicativa de que comparte los argumentos de la primera instancia, cuyo proveído ciertamente es prolijo y abundante al tratar sobre el tema.

Pone de presente el *a quo* las dos hipótesis que plantea el estudio de balística, acogiendo la segunda de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir, la que ubica a la víctima levantando el brazo, lo que facilitó la penetración de la bala por la región axilar. Para ello se apoya en la prueba testimonial, especialmente en la versión de Pedro Díaz, hermano de la víctima, quien asegura que "él estaba sentado inclinado un poquito esquivando el botellazo, es que fueron tan rápido que Oliverio alcanzó a disparar aún estando mi hermano inclinado esquivando el botellazo, él mandó el botellazo e inmediatamente disparó". Luego habla sobre las fotografías tomadas en la diligencia de reconstrucción de los hechos, para aceptar "...que efectivamente el disparo se hizo de frente por parte del procesado, pero su víctima se encontraba no cara a cara sino de medio lado, recostado contra la pared (lado izquierdo de frente a Monroy Díaz); ello nos permite ver con claridad que efectivamente al inclinar su cuerpo el señor Carlos Eduardo Díaz Arévalo hacia el lado derecho, desde luego levantando el brazo del mismo lado para protegerse del botellazo, permite que en forma real, el proyectil disparado del arma del enjuiciado, penetre por el hueco axilar izquierdo...".

Como se observa con claridad, no hubo distorsión de ninguna clase. Simplemente no se acogió la hipótesis que trae a cuento el recurrente sino la segunda -sobre la que

habilidosamente calla- compaginándola con la de los testigos, encontrándose la armonía necesaria para proferir la decisión condenatoria.

No tiene el reproche fundamento alguno, al objetar una conclusión del fallador y no una errónea interpretación del contenido. En el fondo, la inconformidad del censor se dirige a tratar de convencer a la Sala sobre la bondad de sus apreciaciones en detrimento de las sostenidas por el sentenciador. Es por ello que en seguida, se dedica a demeritar la prueba testimonial, quejándose que en vez de otorgarle un valor superlativo a la pericia en comento, se hizo lo propio con las declaraciones de cargo, sin tener en cuenta los lazos estrechos que unían a los deponentes con el interfecto. Aquí se torna evidente el traslado de la censura a los predios del error de derecho por falso juicio de convicción, terreno estéril para este tipo de impugnaciones ante la inexistencia de tarifa legal en esta clase de probanzas. El desacierto técnico es evidente, al crear una dilegía imposible de superar, pues enfrenta el enunciado por error de hecho a su desarrollo en el ámbito del error de derecho, sin tener en cuenta su exclusión entre sí, por tener diferente naturaleza y, por ende, disímiles efectos.

Los desaciertos técnicos, unidos a la falta de respaldo procesal de sus afirmaciones desquician la censura presentada.

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.

Carlos A. Gordillo Lambana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

Para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con los requisitos del artículo 72 del Código Penal, será necesario que se encuentre acreditado en autos la buena conducta dentro del establecimiento carcelario, los antecedentes de todo orden y la personalidad del procesado que le permitan al juez suponer fundadamente la readaptación social del peticionario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8485.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 090.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de octubre de 1993.

Vistos

Los procesados Orlando Ibáñez Londoño y Alvaro Romero Salinas, quienes se hallan recluidos en la Cárcel del Circuito Judicial de Facatativá, solicitan nuevamente el beneficio de libertad provisional por considerar satisfechos los requisitos del artículo 72 del Código Penal, es decir, haber cumplido las dos terceras partes de la sanción impuesta para lo cual acompañan actas del consejo de disciplina y certificados de trabajo.

Consideraciones de la Corte

Los peticionarios fueron condenados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, a la pena privativa de la libertad de cuarenta meses de prisión, como coautores responsables del delito de hurto calificado y agravado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo de fecha 11 de septiembre de 1992.

Ibáñez Londoño se halla detenido desde el 12 de marzo de 1992, es decir, ha descontado efectivamente dieciocho (18) meses y veinticinco (25) días. Cabe anotar que inicialmente fue capturado el 28 de diciembre de 1988 y luego de oído en indagatoria en providencia de fecha 10 de enero de 1989, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay, se abstuvo de decretarle medida de aseguramiento, no obstante lo cual siguió privado

de su libertad pero dentro de las diligencias radicadas bajo el número 890, por el delito de hurto, en el mismo despacho judicial. Por estudio acredita 420 horas y por trabajo 3.576, para un total de 3.996 horas que le representan una redención de pena equivalente a ocho (8) meses y nueve (9) días, para un acumulado de veintisiete (27) meses y cuatro (4) días, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias.

Romero Salinas fue capturado el 13 de agosto de 1989 y puesto en libertad el 27 de octubre del mismo año, por reapertura de investigación, es decir, estuvo detenido dos (2) meses y catorce (14) días. Dictada resolución de acusación en la segunda calificación fue privado de su libertad el 9 de febrero de 1992, o sea, que en el nuevo período de detención lleva diecinueve (19) meses y veintiocho (28) días, para un total de veintidós (22) meses y doce (12) días. Por estudio acredita 400 horas y por trabajo 1.884 para un total de 2.284 que le representan una redención de pena equivalente a cuatro (4) meses y veintidós (22) días, para un acumulado de veintisiete (27) meses y cuatro (4) días, igualmente superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta.

Ahora bien, para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con los requisitos del artículo 72 del Código Penal, será necesario que se encuentre acreditado en autos la buena conducta dentro del establecimiento carcelario, los antecedentes de todo orden y la personalidad del procesado que le permitan al juez suponer fundadamente la readaptación social del peticionario.

En el presente caso se tiene que Orlando Ibáñez Londoño, fue sancionado por la Gobernación de Cundinamarca, por infracción a la Ley 30 de 1986 (contravenciones) a 15 días de prisión y 30 días de arresto, según oficio No. 423 del 14 de 1986 y Resolución 079 del 30 de mayo del mismo año, respectivamente. Además, le figuran tres fallos condenatorios, así: Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay (Cundinamarca), proceso 483, por el delito de hurto, a 3 meses y 15 días de prisión, según sentencia del 25 de junio de 1988 (folio 351) y proceso 890 por la misma infracción a 32 meses de prisión, en fallo del 24 de junio de 1989 (folio 369) y en ambos se le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, lo condenó igualmente a 12 meses de prisión por infracción a la Ley 30 de 1986, según sentencia de fecha 15 de diciembre de 1987 (folio 308).

Respecto de Alvaro Romero Salinas, fue condenado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay (Cundinamarca) a la pena privativa de la libertad de 28 meses de prisión, como autor responsable del delito de hurto, en sentencia de fecha 21 de abril de 1988 y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Siendo así que contra los peticionarios habían recaído fallos condenatorios, en los que se les otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional y durante el período de prueba volvieron a delinquir, es claro que su personalidad se muestra contraria a los postulados del artículo 72 del Código Penal a más que por sus antecedentes penales y contravencionales, la Corte no puede afirmar su readaptación social que les permitiera gozar del beneficio de libertad provisional. En consecuencia, deberán satisfacer la

totalidad de la pena impuesta en este proceso y por ello resulta inconducente la excarcelación demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega a los procesados Orlando Ibáñez Londoño y Alvaro Romero Salinas el beneficio de libertad provisional, 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, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / CONCUSION / COHECHO

Para que una nulidad derivada del error cometido sobre la denominación jurídica del delito pueda prosperar, es requisito insuperable que los hechos materia de la investigación y la prueba recogida durante ésta acrediten la existencia de una concreta y determinada infracción penal, pero que a su pesar se haya dado a esa conducta una denominación diferente, adecuándola a un tipo que no le corresponde./ Tratándose de una decisión que íntegramente acoge las consideraciones y determinación adoptada en la primera instancia, debe entendérsela en un todo unificada con el análisis contenido en el fallo del *a quo*./ Mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe; de la cosa que indebidamente se da u ofrece en el cohecho, se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos -el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una que contraría su deber, y el particular la de lucrarlo o darle recompensas-, cuando menos y con la misma libertad (artículo 210 C.P.M.), a su exclusiva iniciativa da u ofrece regalos o expectativas de lucro para desviar al funcionario de la decisión debida, para conseguirla a toda costa en su favor, para inhibir secuelas de adversidad u de demora, o aun para halagar o congraciarse al menos con el servidor oficial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7768.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresnedo.*

Aprobado Acta número 090.

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de octubre de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los procesados Germán Durán Martínez en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 8 de abril de 1992, que al confirmar la emitida por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá como Juez de Primera Instancia, mantuvo la condena que le había sido impuesta junto con el coacusado José Morera Beltrán a la pena de prisión de dos años como responsables del delito de concusión.

Hechos y Actuación Procesal

1. Germán Durán Martínez y José Ignacio Morera Beltrán, agentes activos de la Policía Nacional adscritos al Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá concurrieron en la tarde del 29 de marzo de 1989 al taller de mecánica de la Avenida Caracas con calle 2ª de esta capital, requiriendo por el propietario de la camioneta marca Willis, modelo 1973 que allí se reparaba, pues por tener la numeración del motor regrabada, debía ser trasladada a los patios de la entidad para la correspondiente investigación. Presente el propietario del automotor, señor Luis Alberto Hincapié, insinuaron los agentes que el traslado del vehículo podía evitarse mediante el pago de cien mil pesos, suma que se acordó reducir a la mitad, y que los policías recibieron en un cheque por cuarenta mil pesos y diez mil pesos más en efectivo, comprometiendo adicionalmente al propietario del vehículo a entregarle a cada uno de los imputados un pantalón y una chaqueta.

2. Hincapié Zapata formuló denuncia al día siguiente de ocurridos los hechos cuyo conocimiento correspondió en principio al Juzgado Primero Especializado de Bogotá bajo la precalificación de extorsión, cargo por el cual se abrió la investigación y se escuchó a los incriminados en indagatoria.

Avanzado el sumario y esclarecido en él que los hechos apuntaban a un posible delito de concusión cometido dentro del ejercicio funcional por personal en servicio activo de la Policía Nacional, el asunto pasó a cargo del Comando del Departamento de Policía Bogotá, que perfeccionó el sumario mediante delegación al Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar y con Resolución 081 de septiembre 18 de 1991 convocó a Consejo de Guerra a los dos vinculados bajo el cargo de concusión.

Culminado el trámite de primera instancia se profirió fallo el 11 de febrero de 1992 declarando a los acusados responsables del delito atribuido, imponiéndoles la pena principal de dos años de prisión y las accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena principal, en tanto se les denegó la ejecución condicional del fallo para que la sanción impuesta lograra plena efectividad.

De la sentencia anterior conoció el Tribunal Superior Militar por vía de alzada, cuya providencia confirmatoria resulta ahora objeto de recurso extraordinario por parte del procesado Germán Durán Martínez, pues el coacusado Morera Beltrán no presentó demanda en tiempo, dando lugar a que se declarara desierta su impugnación.

La Demanda

Acude el actor a la causal segunda del artículo 464 del Código Penal Militar para demandar la casación del fallo impugnado, acusando la ocurrencia de irregularidades sustanciales que terminaron con el desconocimiento del debido proceso, pues al momento de confirmar el Tribunal *ad quem* la sentencia del Juez de Primera Instancia inadvirtió que "de acuerdo con los elementos probatorios arrimados al proceso, errada había sido la calificación del mérito, lo cual debía haber hecho por virtud del artículo 492 del C. P. M., en armonía con el artículo 535*ibidem* y del artículo 675 de la misma obra", disposiciones que imponían el deber de apreciar las pruebas conforme a la sana crítica, y en particular respecto del testimonio la obligación de tener en cuenta las condiciones personales y sociales del testigo y las circunstancias de percepción del hecho.

Que con su omisión dentro del debate probatorio el juzgador faltó en materia grave al debido proceso y al principio de tipicidad es afirmación que en seguida se apoya en una crítica a la valoración de los hechos investigados como constitutivos de una concusión, porque a lo sumo -se explica- el caudal probatorio "...daría para considerar la existencia del delito de cohecho impropio, o máxime cohecho, pero no la concusión...", proceso de adecuación errada que condujo a la aplicación del artículo 198 del Código Penal Militar, cuando las pruebas apuntaban a la aplicación del artículo 199.

Ocupándose en seguida de la cotejación del contenido de las pruebas frente al análisis que de ellas se hizo en las decisiones de fondo, agrupa los medios obrantes en aportación testimonial y el cheque librado por Saín Ulloa como "garantía", refiriéndose discriminadamente a las versiones allegadas para hacer descollantes los siguientes aspectos:

El denunciante, señor Hincapié Zapata, hizo saber que al exhibir los documentos sobre propiedad de su vehículo los acusados le replicaron que esos papeles no le servían, y que la alternativa sería la de llevar el automotor a los patios salvo que "cuadraran" entre los tres, solicitándole la suma de cien mil pesos. Esa afirmación, prosigue el censor, no encuentra una verdadera y adecuada corroboración en las versiones testimoniales allegadas, pues Saín Ulloa invitado por el anterior para que lo acompañara al taller, solamente aceptó haber visto cuando Hincapié exhibió los papeles de su carro ante dos señores, acercándosele de nuevo para pedirle que le facilitara un cheque por cuarenta mil pesos que se comprometería a recoger pagando la suma en efectivo, pues tenía que entregarles a los agentes cincuenta mil pesos.

A Omaira de Jesús Montoya le consta que los agentes buscaban al propietario de la camioneta porque se trataba de un vehículo robado, y que cuando el requerido concurrió al taller se asustó, añadiendo que luego lo vio haciendo un arreglo con los agentes, quienes le habían pedido inicialmente cien mil pesos, pero aceptaron como mínimo cincuenta mil. Como la mujer dijo que Alberto le había dejado los papeles del carro, mientras el denunciante explicó que el día de los hechos debía ir a presentárselos a los agentes, infiere el censor que median contradicciones suficientes para impedir tomar los cargos como verdad, con mayor razón si Omaira agregó que el carro llevaba cuatro días en su taller en tanto el denunciante dijo que sólo se trataba de un día, situación mucho más diciente ante la dubitación de la testigo que por último no supo si se había tratado de exigencia de dineros o de oferta por parte de su cliente.

En el caso de Saín Ulloa se resalta que no se trató de un testigo presencial de la exigencia ilegítima, capaz de aclarar si en verdad ella medió o más bien hubo iniciativa por parte de Hincapié, situación que se estima despejada por la segunda posibilidad de conformidad con el testimonio no apreciado de Emilio Patiño Fuentes -folio 48-, quien sostuvo según lo dicho por Hernández fue éste quien "les ofreció la plata".

Tampoco mereció de los juzgadores atención el testimonio del agente de automotores Numa Pompilio Durán cuando sostuvo que los acusados le habían solicitado un formato para captura de vehículos, ni la versión de Oscar Hincapié cuando animado por hacer más gravosa la situación de Durán y de Morera llegó a sostener como aparece al folio 191 que ya no fueron cien mil sino ciento cincuenta mil pesos los exigidos por la pareja de infieles servidores públicos.

Consideradas en su integridad las afirmaciones de los testigos de cargo, como a su lado las versiones irregularmente desestimadas, añade el censor, "fácil resulta colegir la nulidad de la que se halla mancido el procedimiento, y por consiguiente la viabilidad de la infirmación del fallo cuestionado...", porque analizados esos medios frente a los principios de lealtad, imparcialidad, contradicción e igualdad, y particularmente ante el debido proceso, la conclusión del juicio habría sido diferente de la contenida en la sentencia, pues Saín Ulloa no pasa de admitir que le prestó un cheque a Hernández, Omaira Montoya desmiente al denunciante en cuanto a quien tenía los papeles del carro e insinúa que fue Hernández quien ofreció dinero, sólo atenido a las vicisitudes anteriores que había tenido como consecuencia de intervenciones policivas.

Si a lo anterior se suman las versiones del agente de contrainteligencia Pablo Emilio Fuentes, quien le oyó al ofendido haber sido suya la iniciativa para la entrega del dinero y la del agente Numa Pompilio Durán para quien los acusados tenían el propósito serio de cumplir con el deber de retener un vehículo de sospechosa procedencia, la conclusión a que debió llegarse fue a la de existencia de un delito de cohecho, no el de concusión por el cual se produjo la condena, pues la iniciativa para la entrega del dinero fue del particular dueño del automotor y no de los agentes de la policía que simplemente se limitaban a inquirir sobre la procedencia del rodante, porque Hernández procedió por su propia iniciativa y sugestionado por experiencias anteriores, no bajo el impulso de una inescrupulosa e indebida exigencia monetaria, sin que la infortunada aceptación indebida del dinero tenga capacidad para transformar en concusión lo que constituyó un claro delito de cohecho.

La pretermisión del debido proceso, se concluye, desconoce el precepto constitucional del artículo 29 superior, pero además el artículo 285 del Código Penal Militar, nulidad a la cual se llegó cuando "no obstante ser un mandato legal el que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con la sana crítica (artículo 492 C. P. M.), éstas fueron apreciadas en forma individual y equivocada, pues que, como ya se demostró, quisieron hacer ver o demostrar, lo que no mostraban ni decían no se tuvo en cuenta la prueba trasladada (declaración de Numa Pompilio Durán), ni se apreció el testimonio como correspondía (artículo 535 *ib.*)".

Al casar la sentencia del Tribunal, concluye el pedimento del actor, el proceso deberá retrotraerse al momento de la calificación, para que en juicio justo "se disponga lo pertinente".

Concepto de la Procuraduría

Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda carece de los requisitos técnico-jurídicos necesarios para derrumbar el fallo de instancia, pues no resulta aceptable en casación la formulación de nulidades sin rigor ni precisión alguna, ni de recibo los enunciados generales o las solicitudes indiscriminadas "sino que se debe indicar dentro de moldes específicos la clase y fundamento de la nulidad que se impetra y su adecuación particular frente a las fallas del proceso".

Esas exigencias no se reúnen en la demanda formulada a nombre de Germán Durán Martínez, en que el censor yerra acudiendo al artículo 464 del Código Penal Militar, cuando debió invocar el artículo 442 *ibidem*, pues el primero se refiere a las causales de nulidad en tanto era el segundo el que fijaba las causales de casación. Sin que lo anterior sea suficiente para el rechazo del libelo en cuanto la inconformidad se infiere por violación al debido proceso como consecuencia de la errónea calificación de la conducta, la falta de técnica asoma es en el desarrollo del cargo en cuanto en él se dedica a realizar una valoración negativa de la prueba, porque al hacerla entremezcla todo tipo de argumentaciones confusas e indiscriminadas dentro de las cuales se invoca contradictoriamente un falso juicio de convicción propio de la causal primera de casación sobre los testimonios de Hincapié, Ulloa y Montoya, pretendiendo luego revivir el debate probatorio demostrando que su inconformidad radica es en el grado de certeza dado por el sentenciador a la prueba de cargo, con lo cual se ignora que el principio del debido proceso no hace relación a los vicios *in iudicando* sino en las irregularidades sustanciales, de donde se sostiene que el recurso queda sin la debida demostración, apuntando a su fracaso, pues cuanto debía demostrarse bajo el anunciado error en la calificación jurídica era que el delito materia de la acusación no se daba, probando en su lugar cual era el tipificado.

Refiriendo, sin embargo, al delito tipo de concusión por el cual se produjo la condena, destaca la Delegada que el enjuiciamiento fue notoriamente cuidadoso en la precisión de sus elementos constitutivos, de suficiente arraigo dentro de las pruebas, así que ni siquiera por vía de discusión podría admitirse la hipótesis que bajo infortunada presentación hiciera el demandante, motivos abundantes para que su censura no prospere

Consideraciones de la Sala

1. No obstante las imprecisiones que acusa la demanda y de las cuales hizo ya enumeración crítica el Ministerio Público, es lo cierto que la censura apunta claramente sobre la base de una errada apreciación de la prueba a la ocurrencia de una equivocada adecuación de los hechos a las normas, porque en tanto los testigos describen la ocurrencia de un delito de cohecho, el Tribunal, ratificando la errada apreciación del Juzgador *a quo*, consideró tipificado un delito de concusión.

Comprensible, entonces, que sobre estas premisas intente el casacionista que la Corte invalide parcialmente la actuación, pues con ello identifica correctamente la nulidad como una falta de idoneidad sustancial que afectando el acto procesal que la acusa, enerva el logro de aquella finalidad que jurídicamente corresponde y demanda para el restablecimiento del derecho y la producción de los efectos que le fija la ley, la declaratoria

judicial formal de su invalidez, cuando no opera ya otra vía menos onerosa de restablecimiento.

Por lo demás, "...tanto en el procedimiento señalado en el C. de P. P. de 1971 (art. 210) como en el estatuto de 1987 (Decreto 050 art. 305) el haber incurrido el juzgador en error en la denominación jurídica de la infracción constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y conlleva la nulidad de la actuación -ha dicho la Corte con reiteración-, pues nadie puede ser juzgado en materia criminal, si el hecho imputado no ha sido subsumido plenamente y de manera correcta dentro de la descripción de un determinado tipo penal".

Añadiendo que hoy "tal error se encuentra incorporado en el numeral 2º del artículo 305 (C. de P. P. de 1987) y en el mismo numeral del artículo 304 del Código de 1991 que señalan como causal de nulidad "...la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso..." dentro de las cuales necesariamente debe incluirse el hecho de que al procesado se le quiera condenar por una conducta ilícita distinta de la consumada, o por un tipo penal diferente del verdaderamente infringido" (cfr. Sentencias de marzo 17 y abril 22 de 1993. Magistrados Ponentes: doctores Jorge Carreño Luengas y Juan Manuel Torres F., respectivamente), principios que en un todo coinciden con los contenidos en el artículo 464 del Código Penal Militar al cual se atiene el impugnante como disposición instrumental aplicada dentro del presente asunto.

2. Para que una nulidad derivada del error cometido sobre la denominación jurídica del delito pueda prosperar es requisito insuperable que los hechos materia de la investigación y la prueba recogida durante ésta acrediten la existencia de una concreta y determinada infracción penal, pero que a su pesar se haya dado a esa conducta una denominación diferente, adecuándola a un tipo que no le corresponde, de donde venga sostenido parejamente la doctrina de la Sala que en casos tales es carga del censor "acreditar dos cosas:

"1. Que el delito por el que se llamó a juicio no se tipifica, y

"2. Que es otra muy distinta la infracción cometida, precisándola." (cfr. Casación de diciembre 15 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez). elementos hacia los cuales se encamina en el caso de controversia el censor, para quien el delito de concusión (artículo 198 del C. P. M.) por el cual se condena al acusado no se dio, porque en su lugar se encuentra demostrado uno menos gravoso de cohecho (artículos 199 a 201 *ibidem*).

Para afianzar su tesis, ya se ha visto, sostiene el casacionista que el fallador de segunda instancia omitió tener en cuenta los testimonios de Numa Pompilio Durán y Pablo Emilio Patiño Fuentes, para quienes la entrega del dinero fue iniciativa y voluntad del denunciante en el curso de un operativo regular, magnificando en cambio la versión del ofendido Hincapié Zapata e interpretando los dichos de Saín Ulloa y Omaira Montoya como si dieran al quejoso un apoyo que ni estos declarantes ni Oscar Hincapié brindaron a la tesis del constreñimiento.

De haberse interpretado la prueba en su integridad y como correspondía, se concluye, se habría detectado que la iniciativa de la entrega del dinero radicaba en cabeza de Luis Alberto Hincapié, así que el delito realmente consumado era el de cohecho,

surgiendo evidente la errónea adecuación de la conducta al tipo de la concusión, hecho que vicia el trámite cumplido.

La respuesta que el libelo amerita de la Sala impone comenzar por precisar que de ninguna manera el fallo de segunda instancia se merece la réplica que por deformación o falta de apreciación de la prueba se le endilga, porque tratándose de una decisión que íntegramente acoge las consideraciones y determinación adoptada en la primera instancia, debe entendérsela en un todo unificada con el análisis contenido en el fallo del *a quo*, que a suficiencia suple la crítica integral de las pruebas allegadas.

En este orden se impone precisar que siendo información primera de los hechos la otorgada por el denunciante y víctima, señor Luis Albeiro Hincapié Zapata, en ella se consigna de primera mano que lejos de haber sido suya la iniciativa para la entrega del dinero una vez se le advirtió sobre posible retención de su camioneta, fueron los dos agentes acusados quienes de modo directo e inequívoco advirtieron como condición para el no traslado del vehículo a los patios -decomiso que dijeron riesgoso para el propietario porque de cumplirlo se llegaría a la posible pérdida del bien-, que al denunciante le quedaba la opción de que "cuadrara" un arreglo, pidiéndole la suma de cien mil pesos que Hincapié entró a negociar reduciéndola en la mitad, más la entrega de unas prendas de vestir de aquellas que el exigido confeccionaba.

Tan clara sería esa primera descripción del hecho por parte de la víctima, que la primera precalificación judicial dada a la conducta se hizo bajo el tipo de la extorsión, cuyos elementos constitutivos incluyen las amenazas o coacción para doblegar el consentimiento del ofendido determinándole al hacer, tolerar u omitir que busca el sujeto activo.

Reconociendo el censor la existencia y contenido de la versión dada por Hincapié Zapata, para su desestimación sostiene que se trata de un dicho sin corroboración por ausencia de testigos presenciales, pues criticando a continuación el testimonio de Saín Ulloa sostiene que éste apenas vio cuando Albeiro exhibía los papeles, acercándose en seguida a pedirle en préstamo un cheque para entregarlo a los agentes.

No precave sin embargo el casacionista que la versión suministrada por Ulloa no solamente ratifica la presencia simultánea de los agentes y el denunciante en el taller, y al lado la necesidad manifestada por Albeiro de desprenderse de una suma de dinero no debida, sino que las afirmaciones del testigo extremaban la situación en contra de los acusados, porque así no se trate de alguien que hubiese escuchado el diálogo entre unos y otro, está poniendo sobre aviso que Hincapié Zapata no contaba con recursos cuando llegó a mostrar los documentos que se le exhibían, comportamiento bastante extraño en quien tuviera, como se pretende, la iniciativa de un corrupto arreglo, y más acomodada en cambio para alguien que recibe una intimidación y trata de atenderla recurriendo a quien de su confianza encuentra más cercano.

Esta, a no dudarlo, fue la interpretación que del dicho de Saín Ulloa hicieron los juzgadores de instancia, sin que para arribar a tales conclusiones fuera menester desvertebrar o deformar lo dicho por el declarante, aspecto que el censor nunca acredita, porque al decir de Saín, Albeiro no tenía motivos para temer cuando llegó al taller con sus documentos, pero luego de dialogar con los agentes le expresó que "debía cancelarles la suma de cincuenta mil pesos", alusión a una imposición que perfectamente toleraba

su entendimiento como el obedecimiento de una exigencia según lo interpretó el instructor dentro de su interrogatorio, y de igual modo lo comprendió el fallador teniendo el dicho de Ulloa como aval del ofendido.

Tampoco muestra conformidad el impugnante respecto de la interpretación que la sentencia hace de lo afirmado por la propietaria del Taller Caitán, señora Ornaira de Jesús Montoya, manifestando que mal podía creerse a una persona que caracterizaba su dicho por la contradicción.

Como bien puede observarse, las críticas en este caso se enderezan a cuestionar la credibilidad de la versión suministrada por la declarante, que no la deformación de lo por ella dicho. Consultando la respectiva pieza procesal la réplica del impugnante no solamente pierde consistencia sino inclusive seriedad, pues ni siquiera es cierto como se pretende que en lo sustancial se hubiese marginado la testigo de cuanto se afirma por otros declarantes.

Téngase en cuenta que la mujer declaró ya avanzada la investigación y que como explicación dio la de sus temores "porque como dicen ellos es mejor tener un Policía de amigo y no de enemigo". Pese a sus reservas, nada le impide a la testigo precisar que en el primer momento en que se le requirieron los documentos de la camioneta ella los conservaba pero no los quiso entregar hasta tanto se hiciera presente el propietario, siendo sobremanera clara al describir la conducta de los funcionarios:

"...los agentes hablaron con el propietario, le dijeron que la camioneta era robada o que tenía problemas, el propietario al verse que hacía meses y hasta prácticamente un año estaba que le sacaban plata se asustó y yo como propietaria también me asusté, no sé; ellos arreglaron y les ofrecieron plata a los agentes, les dieron cincuenta mil pesos, ellos creo que pedían cien mil pesos, y el propietario asustado, iba con un amigo y no llevaba plata, lo único que llevaba eran diez mil pesos, yo les dije a los policías que como eran las seis y media de la tarde que si esa camioneta era robada o algo que él tenía sus papeles prácticamente al día y ellos dijeron que mínimo... mínimo si les daban cincuenta mil pesos dejaban las cosas así, yo misma les pedí el favor a los policiales que no se aprovecharan de ese señor, que él no sabía de carros y que si la camioneta... De como un acuerdo de todos se recibió un cheque de cuarenta mil pesos más que todo que por mí que porque al otro día ellos recibían la plata en efectivo" (sic).

Si la esencia de los hechos que se controvierten no radica en el tiempo que llevaba la camioneta en el taller ni sobre quién detentaba los papeles antes de que se presentara la Policía a inquirir por ellos, ha de reconocerse que cualquier marginal desacomodo relativo a estos aspectos resulta enteramente adjetivo por ajeno al tema probatorio, centrado éste como se encuentra en los sucesos desencadenados a partir de la presencia de los agentes dentro del taller, punto sobre el cual el dicho de la Montoya es inequívoco, pues según en su esencia se transcribe, apreció la declarante el estado de temor en que se hallaba Luis Alberto, pero lo que es más contundente y demostrativo, percibió por sus propios sentidos que los agentes condicionaban el no retiro del vehículo a la entrega de cien mil pesos primero, y luego a una suma no inferior a los cincuenta mil, que terminaron por aceptar mediante el cheque de Ulloa que solamente serviría como garantía porque al día siguiente retirarían el dinero en efectivo, aceptando el respaldo que dio la declarante como propietaria del taller.

Revisada la decisión de primer grado se constata que el alcance dado por el Juzgador a las versiones de Ulloa y la Montoya fue exactamente el atinente a lo por uno y otra vertido en el plenario, elementos que cabalmente debían servir de sustento, como en efecto sirvieron, a la adecuación del hecho a la descripción penal respectiva.

Con tan frágiles argumentos en contrario, propone, entonces, el censor que el distanciamiento del Juzgado de Primera Instancia como el del Tribunal sucedió por no haber considerado las pruebas de favor que en oposición a las anteriores se inclinaban a demostrar el delito de cohecho, mencionando entre ellas los testimonios de Emilio Patiño Fuentes, el agente de Automotores Numa Pompilio Durán ni Oscar Hincapié, porque el primero oyó decir al ofendido que había sido suya la iniciativa en la entrega del dinero, el segundo dio seriedad al procedimiento de los acusados afirmando que les había suministrado un formato para decomiso de vehículos y el tercero porque interesadamente exageró que el dinero exigido había sido la suma de ciento cincuenta mil pesos.

Comenzando por los dos últimos de los citados tendrá ante todo que responderse a las inquietudes del libelista que ni se trató de testigos presenciales, ni de versiones que tuvieran un señalado impacto sobre el tema o la decisión que se critica. Que el agente Durán hubiese facilitado un formato para decomiso de vehículos fue un hecho resaltado por el denunciante a quien se mostró el preimpreso, pero no para otorgarle seriedad al decomiso que como se halla demostrado nunca vino a llevarse a cabo, sino más bien y con el logro de las consecuencias perseguidas, para acicatear el temor del ofendido que con él veía más seria e inminente la alternativa de perder su camioneta, dicho sea de paso, bien habida, porque jamás se acreditó en autos lo contrario.

La impertinencia de la crítica que el demandante hace al testimonio de Omar Hincapié surge de bulto, porque jamás tuvieron los juzgadores en consideración aquella parte de su dicho que el censor critica relacionada con el mayor valor de la suma exigida, probado como se encuentra satisfactoriamente el monto de los valores entregados a los desleales servidores.

Y en cuanto atañe con la versión testimonial rendida por el declarante Pablo Emilio Patiño Fuentes, quien como agente de la Policía participó en el operativo de contrainteligencia que logró la identificación de los acusados como protagonistas del abuso funcional, trátase de un testimonio de oídas que si bien es cierto acude al dicho del ofendido para sostener que fue suya la iniciativa para la entrega del dinero a los captores de su carro, simultáneamente reconoce que Hincapié le dijo haber procedido "por temor" de perder su camioneta. También añadió el agente que escuchó al acusado Durán cuando reconocía haber sido uno de los "del problema" del cual se hallaba arrepentido, agregado que con el anterior, lejos de favorecer a los procesados, una vez más los incrimina, careciendo el dicho de Patiño del contenido y contundencia bastantes para trocar los hechos como el demandante lo pretende, pues lo que queda claro del relato del testigo es que la información a él rendida por Alberto Hincapié descartaba por el miedo la espontaneidad y libertad de la supuesta oferta de arreglo, determinado como se encontraba en ese trance por el temor que el acto arbitrario de la autoridad le suscitaba.

Dentro de esta vista panorámica pero incompleta que de los hechos trae el censor se omite toda referencia a las verdaderas causas que determinaron el comportamiento de Durán y de Morera. Ellas sin embargo asoman de las explicaciones dadas en las injuradas

como de los datos complementarios suministrados por el denunciante, pues de una y otra fuente se desprende que dentro de las específicas funciones ese día asignadas no tenían los acusados la de retener el vehículo de Hincapié; que contrario a lo por ellos sostenido, a su superior solamente le informaron sobre ese procedimiento luego de haber constreñido al ofendido y de enterarse sobre el reclamo que éste hizo ante la Policía, y que, como en parte lo aceptan, hasta el Taller Gaitán llegaron no por iniciativa propia sino por la información de un mecánico, indudablemente aquel que según el denunciante lo había amenazado días atrás con hacerlo perseguir y hostigar por sus amigos del F-2, inconforme como había quedado con el pago de unos arreglos anteriores de la camioneta.

Así lo interpretó acertadamente el sentenciador al apuntar que "...aunque los agentes pertenecían a la Sijín estaban asignados al Grupo de Propiedad, no al de Automotores y aceptando su dicho en cuanto a la información que obtuvieron del mecánico de que había un carro en un taller con el motor regrabado, lo lógico y procedimental era haber informado al Grupo de Automotores..." (fl. 386) "...no puede predicarse la buena fe de los agentes cuando solamente informan a su superior, Tte. Castrillón Santana, con posterioridad a haber realizado el procedimiento y sin informarle que ya lo habían hecho, según manifestaciones hechas por el mismo oficial..." (fl. 388) (sic).

4. Esclarecida la realidad que emana de la actuación, ningún yerro podría atribuirse a las decisiones impugnadas cuando acogieron la calificación provisional contenida en la resolución de acusación atribuyéndoles a los acusados la comisión de un delito de concusión y no uno de cohecho, pues si bien una y otra infracción (Libro Primero, Sección Segunda, Título X del Código Penal Militar, Capítulos II y III) refieren a conductas contrarias al interés de la Administración Pública en cuanto en esta generan desmoralización y desorden con desvío de los precisos fines que la Constitución y la ley expresamente le señalan, mostrando de común la ocurrencia de un abuso funcional que se incentiva en la voluntad de acrecentar el patrimonio o de obtener un servicio o satisfacción de cualquier otra naturaleza como beneficios legalmente no debidos pero que guardan relación con la investidura propia del cargo cuando no con las funciones que al desleal servidor le han sido oficialmente encomendadas, entre una y otra figura típica median marcadas diferencias que con nitidez deslindan sus ámbitos de aplicación, pues mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe; de la cosa que indebidamente se da u ofrece en el cohecho, se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos -el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una que contraría su deber, y el particular la de lucrarlo o darle recompensas- cuando menos y con la misma libertad (artículo 210 C. P. M.), a su exclusiva iniciativa da u ofrece regalos o expectativas de lucro para desviar al funcionario de la decisión debida, para conseguirla a toda costa en su favor, para inhibir secuelas de adversidad o de derrota, o aun para halagar o congraciarse al menos con el servidor oficial.

En el caso que se resuelve y sin obstrucción alguna se evidencia que el cheque y el dinero obtenidos por Durán y por Morera se lograron con un incontestable abuso de su función genérica de intervenir en casos de policía, así tuvieran que reportarlos luego

a otra oficina, luego de someter a Hincapié por la fuerza del temor hacia el acto funcional de abuso que se le advertía, supeditación psicológica que ha merecido de la Corte precisar "...que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que ponga de presente que está utilizando su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña, suscitando en la víctima el *metus potestatis* que lo hace plegarse a la voluntad del agente..." situación ausente en el cohecho donde ese "*metus potestatis* está lejano de la presunta víctima, quien conociendo el poder del funcionario pretende que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes funcionales o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo, también, la ley penal".

Por ello a renglón seguido se resalta que "...si bien no en todos los casos puede afirmarse que sea determinante precisar de quién viene la iniciativa para dilucidar si una conducta es típica de concusión o de cohecho, como lo afirmara esta Corporación en providencia de octubre 30 de 1980, lo cierto es que en la concusión la víctima actúa determinada por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial, del cual se teme se emplee en su contra.

"Aunque la 'concusión implícita' llamada así por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar un perjuicio en su contra". (Sent. febrero 15 de 1989).

La situación del denunciante, señor Albeiro Hincapié -repítese una vez más-, se motivó en el temor de ser vencido o perjudicado con el acto de la administración que se le anunciaba ya gravoso pero bajo perspectiva de evitarlo con la entrega de una suma de dinero, y esa situación comporta la presencia clara del sometimiento de su voluntad doblegada por el temor del abuso funcional, hecho que rectamente se sanciona en la sentencia impugnada, dentro de la adecuación al tipo penal de la concusión que define el artículo 198 del Código Penal Militar.

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 impugnado.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La demanda de revisión no es como pudiera pensarse un escrito de libre forma y contenido, sino una petición de justicia redactada con sometimiento a las formas mínimas que exige la ley, ubicando la solicitud dentro de una de las causales taxativas y expresando con claridad los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la pretendida revisión del proceso. / No es tampoco la acción de revisión una oportunidad para revivir debates ya concluidos durante las instancias, ni para refutar las argumentaciones que sirvieron al fallador para proferir la sentencia, sino que es preciso demostrar la existencia de hechos o pruebas nuevas no conocidos en el momento de proferir la sentencia y de tal importancia y trascendencia que puedan remover el carácter de cosa juzgada que ampara la sentencia. / Siendo además la revisión una acción esencialmente probatoria, el escrito mediante el cual se propone debe ir acompañado de las pruebas demostrativas de la causal de revisión invocada, como lo establece el artículo 234 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 8799

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 90 - octubre 7/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de octubre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a calificar la idoneidad de la demanda de Revisión presentada a nombre del procesado José Oliverio Jiménez Buitrago.

Se Considera

José Oliverio Jiménez fue condenado por el Juzgado Cuarto Superior de la ciudad de Bogotá a la pena principal de ciento veintidós meses de prisión por los delitos de homicidio y lesiones personales, consumados en esta ciudad de Bogotá en el mes de agosto de 1987. La sentencia condenatoria fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior, siendo el sentenciado único recurrente.

Amparado en la causal tercera de revisión del artículo 232 del C. de P. P. el apoderado del sentenciado aduce como único fundamento que el procesado se hallaba en el momento de consumar sus delitos en estado de embriaguez, circunstancia que no fue tenida en cuenta para declararlo inimputable.

El accionante no acompañó a su demanda prueba alguna al respecto.

Debe recordarse una vez más que la demanda de revisión no es como pudiera pensarse un escrito de libre forma y contenido, sino una petición de justicia redactada con sometimiento a las formas mínimas que exige la ley, ubicando la solicitud dentro de una de las causales taxativas y expresando con claridad los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la pretendida revisión del proceso.

No es tampoco la acción de revisión una oportunidad para revivir debates ya concluidos durante las instancias, ni para reiterar las argumentaciones que sirvieron al fallador para proferir la sentencia, sino que es preciso demostrar la existencia de hechos o pruebas nuevas no conocidos en el momento de proferir la sentencia y de tal importancia y trascendencia que puedan remover el carácter de cosa juzgada que ampara la sentencia.

Siendo además la revisión una acción esencialmente probatoria, el escrito mediante el cual se propone debe ir acompañado de las pruebas demostrativas de la causal de revisión invocada, como lo establece el artículo 234-4 del C. de P. P.

En el caso sometido a consideración de la Sala, se observa *prima facie*, que el accionante no cumple con el anterior requisito, pues ningún elemento de juicio aporta para demostrar sus afirmaciones, limitándose a expresar que en el proceso consta que el acusado se hallaba en estado de embriaguez al realizar la conducta punible y que no obstante lo anterior, ni el juez ni el Tribunal declararon su inimputabilidad.

En otras palabras, el demandante sólo pretende revivir en sede de revisión un debate ya concluido en las instancias, donde los jueces de derecho después de examinar la prueba testimonial y técnica arribaron a la acertada decisión de que en ningún momento el sentenciado había obrado bajo los efectos de un trastorno mental producido por la embriaguez, sino que por el contrario, actuó con pleno conocimiento de su comportamiento ilícito y por motivos abyectos o fútiles.

Es suficiente observar el siguiente aparte de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá:

"...El señor Defensor del implicado, en su intervención trató como es lógico sacar avante a su defendido con el argumento de que obró en estado de trastorno mental, debido a la embriaguez que presentaba, es decir, no podía comprender lo que hacía (laguna etílica).

"En ningún momento podría el Despacho desconocer el estado avanzado de embriaguez en que se hallaba el incusado la noche de autos, sin embargo, no puede rildarse por el solo hecho de encontrarse bajo esos efectos de enfermo mental, por el contrario, esa ingestión alcohólica comprobada además por el médico legista (fl. 65) incidió necesariamente en el comportamiento del implicado, llevándolo a la exaltación para obrar irreflexivamente.

"Menos se puede hablar de inimputabilidad en Jiménez Buitrago, pues una persona que sufre laguna etílica no retiene en su memoria los hechos acaecidos en ese estado y sin embargo el acusado presenta a la justicia lúcidamente toda una serie de sucesos que ocupan todo el tiempo de su ebriedad, justificando, claro está, el hecho por el cual está implicado..." (fl. 24).

Y concluye el Juzgador:

"...En concordancia con lo expuesto, es predicable a todas luces la intención dolosa de parte de José Oliverio Jiménez de infringir de manera voluntaria y consciente el bien jurídico de la vida, sin que obre procesalmente causal de justificación alguna...".

En estas condiciones, el accionante que se apoya en la causal tercera de revisión no está alegando y menos demostrando hechos nuevos, o allegando pruebas no conocidas en el momento de fallar, sino que se refiere a circunstancias suficientemente conocidas por los juzgadores, alegadas, analizadas y rechazadas por improcedentes dentro de las instancias.

Así pues, los vacíos de que adolece la demanda y las omisiones probatorias a que se han hecho referencia hacen de ella un escrito sustancialmente inepto a los fines de la acción de revisión, y así habrá de declararlo la Sala, ordenando su rechazo *in limine*.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- rechaza *in limine* por inepta la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado José Oliverio Jiménez Buitrago.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INSPECCION JUDICIAL / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / SENTENCIA

No basta que se señale teóricamente las reglas que se deben seguir para apreciar una prueba, sino que es necesario que se concrete si el sentenciador incurrió en algún error y la trascendencia del mismo. / Con sentido práctico y criterio lógico, el Código de procedimiento Penal actualmente vigente dispone en el segundo inciso del artículo 260, que "La inspección que se practique en la investigación previa no requiere providencia que la ordene, en la instrucción se puede omitir ésta, pero practicada y asegurados los elementos probatorios, se pondrán a disposición de las partes por el término de tres días para que soliciten adición de la diligencia si fuere el caso". / La incoherencia en que con tanta frecuencia incurren los sentenciadores, propicia que la Corte llame la atención sobre la necesidad de que al redactar el fallo se tenga presente que éste no es un conjunto de comportamientos aislados, sino una elaboración lógico-jurídica, en donde todos los capítulos deben guardar armonía, ya que es desconcertante que se relaten unos hechos y luego en los considerandos se concluya que las cosas no sucedieron así sino de otra manera.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7770. Casación.

Magistrado Ponente: *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 90, octubre 7 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de octubre de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jorge Alarcón, contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual revocó la absolutoria dictada por el Juzgado Noveno Superior de la misma ciudad, e impuso al acusado tres (3) años de prisión, multa de un mil quinientos pesos ($1.500) y suspensión del oficio de conductor de vehículos automotores por dos (2) años.

I. Hechos y Actuación Procesal

En la mañana del 7 de marzo de 1990, el bus urbano de placas SC-7061 que cubría la ruta Juan Rey - Terminal de Transportes de Santafé de Bogotá, conducido por Jorge Alarcón, al llegar a la calle 34 Sur con carrera 8ª se incrustó en una casa atropellando a Juan Carlos Pinzón Ibarra, quien iba acompañado del niño Carlos Andrés Pinzón Roa, causando la muerte del primero y graves lesiones al menor, así como a otras personas.

La investigación logró establecer, que no obstante las fallas mecánicas que presentó el automotor durante el recorrido que efectuaba el día de los hechos, localizadas en el sistema de encendido y carburación, y en el mecanismo de los frenos, el conductor de manera imprudente resolvió continuar el viaje regulando la velocidad con la caja de cambios, la cual no resistió al llegar a la parte más pendiente, dando lugar a que el vehículo se desbocara con los resultados ya anotados.

El trámite del sumario correspondió al Juzgado Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal, Despacho que recaudó las pruebas conducentes y oyó en indagatoria al acusado, resolviendo su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de libertad provisional caucionada.

Acreditadas las incapacidades de los lesionados y perfeccionada en lo posible la investigación, se produjo la calificación con resolución de acusación contra Jorge Alarcón por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas.

La etapa del juicio estuvo a cargo del Juzgado Noveno Superior. Surtido el período probatorio con la práctica de algunas diligencias, se realizó la audiencia pública y culminó la instancia con sentencia absolutoria, contra la cual interpusieron recurso de apelación el Ministerio Público y el apoderado de la parte civil.

El Tribunal Superior al resolver la impugnación revocó el fallo absolutorio y profirió sentencia condenatoria, la cual fue recurrida en casación por el defensor del acriminado.

II. La Demanda

El libelista presenta un solo cargo en los siguientes términos: "Invoco la causal primera, del artículo 226, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal vigente al proferir la sentencia (hoy art. 220 del nuevo estatuto procesal), por considerar que en el fallo se presentan violaciones a varias normas sustanciales como consecuencia del error en la apreciación de las pruebas de carácter técnico pericial, testimoniales y de aquellas carentes de legalidad en su aporte o recaudo".

Imputa al Tribunal el haber violado los principios rectores de legalidad y apreciación, apoyado en las siguientes razones.

a) No aparece en el fallo un estudio previo de valor legal de cada prueba, como tampoco se encuentra una apreciación lógica, coordenada, coherente y precisa de cada una de las probanzas, para concluir en un conjunto armónico capaz de producir una certeza;

b) Al no decirse en el auto que ordenó la inspección judicial su objeto y puntos a dilucidar, esta diligencia carece de legalidad y en consecuencia no ha de mirarse como prueba;

c) Las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con la sana crítica y de acuerdo con estas reglas ha de concretarse el valor de convicción que puede deducirse de su contenido. En el caso en estudio se ha dicho que el bus fallaba y el conductor bajaba, lo arreglaba y seguía su marcha de manera normal. Que al tomar un descenso pronunciado perdió el sistema de frenos y se desbocó. El conductor maniobró la barra de cambios pero posiblemente ésta se trabó y finalmente el automotor se estrelló contra una residencia con las consecuencias conocidas. "Esto indica que la crítica de la prueba, la sana crítica como lo denomina la ley, debe encaminarse a obtener la mayor información en los experticios (sic) de técnicos, para establecer el origen principal del siniestro y, especialmente, del estallido de la manguera conductora de aire a los frenos".

"... si el perito no rebatido, asegura que la causa final del accidente fue el estallido de la manguera de los frenos, quedando sin aire el sistema y ésta la causa inicial y final del percance, no se requiere esfuerzo alguno para concluir que no se trata de una conducta culposa, sino de un caso eminentemente fortuito, pues se sale del control del conductor, de manera total, sin atribuírsele negligencia, imprudencia o impericia, porque el dictamen además agrega que el hecho final se debe a la mala calidad del elemento y no al descuido en el mantenimiento".

Esta prueba juega papel importante en la apreciación de otras como la inspección judicial y si a esto se agrega el estudio de los testimonios, entonces cumple su función lo que dispone el artículo 253 del estatuto procesal;

d) Respecto a la inspección judicial está cumplido el mandato de ordenarla mediante auto, pero no en cuanto a señalar el objeto de la diligencia, de manera que lo ocurrido carece del principio de legalidad, no obstante que la observación personal del juez puede tenerse en cuenta como un testimonio de especial calidad.

Lo importante de esa diligencia era saber la incidencia de las llantas lisas o la rotura de la barra de cambios sobre el estallido de la manguera de aire que dejó sin frenos al automotor y fue la causa del accidente, pero esto sólo era posible con la intervención de peritos.

El dictamen pericial es claro al señalar las causas del desperfecto, no obstante ello el Tribunal considera que el accidente tiene que ver con el daño de la caja de velocidades, el estado de las llantas y la falta de mantenimiento, llegando "al extremo de asegurar que el bus no puede detener su marcha por circunstancias ajenas a lo dicho por los peritos, encajando lo observado por el técnico como una última consecuencia".

La apreciación del *ad quem* es errónea porque el perito concluye que la falla en los frenos es ajena a cualquier otra falla y su origen no es atribuible al conductor sino a la calidad del producto.

Estima equivocada la apreciación de la prueba testimonial, "porque de la apariencia se fue a una realidad inexistente, por lo precario del estudio crítico de todas las circunstancias modales".

Las normas presuntamente violadas son el artículo 247 por no existir prueba para condenar; el artículo 252 en cuanto a la inspección judicial no cumplió con sus requisitos y el artículo 253 en cuanto la apreciación careció de sana crítica, dando un valor que no

correspondía al haz probatorio. "Como medios se violaron los artículos 263 en cuanto la inspección carecía de sus requisitos; 266 en cuanto al dictamen pericial, siendo procedente, se le dio un valor inferior al que le pertenece, y 295e, en cuanto la apreciación de los testimonios, no llenó plenamente todos los requisitos. Estas normas todas del estatuto procesal penal vigente para la época del fallo objeto de este recurso".

La violación indirecta se extiende al artículo 40 numeral 1º del Código Penal, por cuanto el error en la apreciación llevó al no reconocimiento de la causal de inculpabilidad; al artículo 329 *ibidem* ; al 107 al señalar perjuicios en gramos oro cuando la prueba pericial de su valoración está en autos; y al artículo 248 en la medida en que los medios de prueba permitían la aplicación del artículo 248 del procedimiento penal.

La petición es que se infirme la sentencia atacada y en su lugar se dicte una de carácter absolutorio.

III. Concepto del Ministerio Público

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

1. La presentación del cargo "por error en la apreciación de las pruebas" resulta demasiado genérico, ya que el casacionista no manifiesta si se trata de error de hecho o de derecho.

2. En lo atinente a la inspección judicial, en el texto legal citado por el censor, la indicación del sitio de la diligencia no constituye formalidad esencial ni se ha establecido como condición de validez, mucho menos cuando el sistema procesal colombiano entró en el marco de la crítica racional de las pruebas en donde el funcionario tiene una amplia facultad para evaluarlas, de modo que frente a la mejor interpretación jurisprudencial y doctrinaria no puede admitirse la pretensión de inexistencia.

Para complementar lo anterior agrega: "Menos aun cuando la diligencia de inspección judicial, como es obvio en el ámbito de la persuasión racional de la prueba, cada vez se regula bajo menos condiciones formales, y que definitivamente ha perdido todo condicionamiento de inexistencia cuando se omiten las circunstancias dadas por el recurrente, como se ve del artículo 260 del C. de P. P. vigente, que ni siquiera exige perentoriamente el auto que lo decreta en la instrucción penal".

3. Sobre el peritazgo y los testimonios recaudados, el demandante se limita a efectuar su propia valoración, desconociendo la valoración hecha por el Tribunal a todo el acervo probatorio, ya que la sentencia no se basó en una sola prueba sino en todas las evidencias allegadas.

Consideraciones de la Sala

1. Desde el punto de vista de la técnica de la demanda es procedente hacer algunas observaciones, que si bien no impiden abordar el tema de fondo, no por ello dejan de ser fallas que atentan contra las exigencias de este recurso extraordinario. Veamos:

a) Como acertadamente lo anota el Ministerio Público, decir que hay error en la apreciación de las pruebas constituye una afirmación muy general, con lo cual el cargo

queda impreciso, pues con esa expresión puede estarse refiriendo al error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o al error de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción;

b) No basta que se señale teóricamente las reglas que se deben seguir para apreciar una prueba, sino que es necesario que se concrete si el sentenciador incurrió en algún error y la trascendencia del mismo. Esto a propósito del literal que dedica el impugnante a los testimonios, en donde lo único claro es que está inconforme con el hecho de que en la sentencia se les haya tenido en cuenta, pero no se sabe por qué, pues simplemente se limita a decir que "el estudio testimonial que hace el honorable Tribunal es totalmente errado, porque de la apariencia se fue a una realidad inexistente, por lo precario del estudio crítico en todas las circunstancias modales" (?). Y más adelante sostiene que la apreciación de este medio de convicción "no llenó plenamente todos sus requisitos".

2. Pero no obstante la falta de concreción en la formulación del reproche, de lo afirmado respecto a cada prueba se puede inferir que se objeta respecto a la inspección judicial es por haberla apreciado sin tener en cuenta su supuesta ilegal aducción al proceso (error de derecho por falso juicio de legalidad), y en cuanto al dictamen pericial y los testimonios, censura su valoración (error de derecho por falso juicio de convicción).

Sobre el primer tema propuesto se puede afirmar categóricamente que no es cierto que la inspección judicial se haya practicado irregularmente, y antes que reparo alguno, lo que merece es un reconocimiento por la forma oportuna y acertada como se practicó, a lo cual omite referirse el demandante.

Lo que ocurrió fue lo siguiente: el día de los hechos, marzo 7 de 1990, el Juzgado Cincuenta y Uno de Instrucción Criminal Permanente realizó el levantamiento del cadáver y acto seguido, mediante auto decretó la práctica de varias pruebas, entre ellas la inmediata inspección judicial al vehículo causante de la tragedia y a la casa contra la cual éste se estrelló, a fin de determinar los daños causados y tomar las fotografías respectivas.

Cumpliendo lo ordenado el instructor procedió a practicar la diligencia de inspección en el lugar de los hechos, en el curso de la cual describió la forma como quedó el automotor e hizo constar sus características más importantes. El objeto de la prueba fue señalado con claridad en el auto y su conducencia y pertinencia no tienen discusión alguna, como tampoco la tienen lo referente al lugar y la hora, ya que se trataba de actuar en forma inmediata y en el sitio mismo de los acontecimientos. Exigir más formalismo especialmente teniendo en cuenta que se trataba de la indagación preliminar, es obstaculizar la labor del investigador en un momento en que es preciso actuar con celeridad para impedir que desaparezcan detalles importantes para el esclarecimiento de lo sucedido.

Con sentido práctico y criterio lógico, el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente dispone en el segundo inciso del artículo 260, que "la inspección que se practique en la investigación previa no requiere providencia que la ordene. En la instrucción se puede omitir ésta, pero practicada y asegurados los elementos probatorios, se pondrán a disposición de las partes por el término de tres días para que soliciten adición de la diligencia si fuere el caso".

También se equivoca el actor al pretender que el Juez indique en el acta de la inspección la injerencia de lo observado con relación al accidente, pues eso forma parte de la valoración, y como es obvio, ella se hace con posterioridad a la práctica de la diligencia en el momento de tomar alguna decisión. El funcionario se limita a consignar que las llantas traseras estaban lisas, las delanteras a mitad de servicio y la barra de cambios fuera de su sitio en el piso del bus, y a eso se restringía en ese momento su actuación.

El ataque, como se acaba de ver, carece de fundamento.

3. Para apoyar la tesis de que el homicidio y las lesiones se debieron a un caso fortuito, el censor hace caso omiso de las claras y acertadas conclusiones a que llegó el Tribunal para imputarle al acusado el haber obrado con culpa, y se refugia en el dictamen pericial que se refiere al estallido de la manguera de los frenos y la mala calidad del material, error en que incurrió el fallador de primera instancia para absolver, pero que fue corregido por el *ad quem* con argumentos que la Sala comparte y cuyo tenor literal es como sigue:

"...descalificada la posición de Jorge Alarcón y de quien lo secunda, José Isidro Barajas Vargas, en razón de lo antagónico a la realidad que aparece, no se suscita motivo valedero alguno para no escudriñar lo acontecido con fundamento en lo comunicado por los presenciales del mismo y cuyo carácter de pasajeros del bus, así hubieren resultado lesionados, mal puede redundar en desmedro de sus dichos, pues ajenos a un interés económico porque ni siquiera se constituyeron en parte civil, se limitan a relatar lo sucedido con riqueza de detalles que permiten brindar crédito a sus asertos y es así como se torna imposible desconocer que el vehículo de servicio público falló en varias oportunidades, cuestión a la que no alude el conductor Jorge Alarcón, en cambio William Alberto Cortés Fajardo, quien pretendió secundar en todo a todo aquél, no puede menos que reconocerlo y mencionamos a William Alberto, porque los demás deponentes, todos aceptan dicha ocurrencia. En el mismo orden de ideas, traduce plenitud de certeza que el bus no pudo detener su marcha a la altura de los barrios Arenas y Villa de los Alpes, que están a corta distancia entre sí, pero lejos de San Isidro, en donde el descenso se acentúa igualmente que al pasar por los barrios primeramente citados, la marcha era lenta, tanto que los pasajeros pudieron apearse en esas condiciones, al decir de Ignacio Rodríguez Cantor -fl. 19- o lanzándose, conforme lo significa Julio César Neme -fl. 59- y lo reafirma Myriam Lucía Acero Vega -fl. 62-; pese a esta gravísima vicisitud, que Alarcón calla deliberadamente y que es cuando ocurre la avería, por defecto de fabricación en la manguera que conduce el aire para el sistema de frenado de una de las llantas, porque no de otra manera se explica que no hubiera hecho una parada completa, como sí las hizo al presentarse las fallas anteriores de encendido o carburación, continúa la marcha confiando de manera imprudente en la retención del pesado vehículo de pasajeros por medio de la caja de velocidades que era el elemento mecánico que estaba funcionando para reducir la velocidad, pero no logra contrarrestarla totalmente y persistiendo en su osadía sin informar ni siquiera a los pasajeros respecto de lo que ocurría, porque quedó a la intuición de alguno de éstos el abrupto abandono del bus que relatan los testigos, sigue la ruta y es cuando se aproxima al punto de pendiente más pronunciado, donde ya la caja de velocidad, que no había hecho reparar, como se vio antes con vista en lo mendaz de su posición y la de su mecánico, muestra su deterioro y saltándose el cambio, ya que

tampoco puede pensarse que la neutralización fue fruto de maniobra realizada por Alarcón, de una parte, comienza a maniobrarla y son los traqueteos que escucharon los pasajeros y relatan en sus versiones y como no es posible reanudar el engranaje, el impulso que toma el rodante es considerable y como se produjera la rotura de la barra de cambios, la única maniobra fue tratar de girarlo a la izquierda, yendo a incrustarse en la casa de la esquina".

"Esta consecuencia ajustada en un todo a la realidad de lo ocurrido y tomada del vívido relato de los pasajeros, refleja, sin divagación alguna, la culpa que en materia penal asistió a Jorge Alarcón, porque si bien es cierto revestiría fortuitamente la rotura de la manguera de frenos y difícilmente se puede relacionar lo sucedido con las fallas de encendido que presentó en un momento el bus o con llevar llantas traseras lisas, menos con que no hubiese huella de frenada en el piso: lo cierto es que tales pormenores acusan deficiente mantenimiento del vehículo, que la caja de velocidades no fue reparada el día anterior y conocía Alarcón los peligros de la empinada ruta que debía recorrer, como el efecto del peso de los pasajeros que debía transportar y a despecho de todo esto, en inusual gesto de arrojo no busca aprovechar la baja velocidad que llevaba el bus, al instante en que ya no pudo detenerlo con los frenos para hacerlo aproximándolo a uno de los costados de la vía, que ya en el sector de San Isidro, plenamente urbano y con la afluencia de público también por él conocida, le obligaba a representarse la tragedia que necesariamente protagonizó por vía de imprudencia".

La explicación es muy clara. El automotor estaba fallando y quedó sin frenos desde mucho antes de llegar al lugar de la tragedia, pero irresponsablemente el conductor continuó la marcha controlando la velocidad con la caja, comportamiento en el cual radica la culpa, hasta que en la parte más pronunciada de la pendiente se saltó el cambio y tomó un impulso que ya no fue posible disminuir pese al esfuerzo del acusado, que tratando de engranarlo nuevamente rompió la barra de cambios.

La falta de adecuado mantenimiento de un vehículo, así como el utilizarlo sabiendo que está fallando o que hay un alto margen de probabilidad de que falle por el desgaste o mala calidad de sus piezas, son factores de los que en casos de accidente por falla mecánica puede derivarse la responsabilidad a título de culpa. Con mayor razón cuando se trata de transporte público, ya que la dedicación a esa actividad requiere el máximo de cuidado y previsión, siendo forzosa la revisión permanente de los automotores y la supervisión sobre el buen estado de los mecanismos de control.

Los ciudadanos no pueden estar sometidos al azar o a su buena suerte cuando utilizan un medio de transporte público, pues quienes han asumido la responsabilidad de prestar el servicio deben garantizar que no existe un riesgo más allá del humanamente inevitable, y que se han tomado todas las precauciones para no poner en peligro sus intereses. Con igual celo debe obrar quien decide transportar a otra persona, así se trate simplemente de hacerle un favor o prestarle un servicio gratuito.

La prueba recaudada en el caso que nos ocupa fue correctamente apreciada, y la conclusión a la que llegó el Tribunal con base en ella es la que ha debido obtenerse desde la primera instancia. El reproche del libelista se apoya en un indebido fraccionamiento de los hechos, lo que lo conduce a su improsperidad.

La falla que observa la Sala en la providencia del *ad quem* es la incoherencia que existe entre el relato inicial de los hechos y lo realmente probado, pues lo que describe primero deja la sensación de que se presentó un caso fortuito, pero luego en muy buen análisis de la prueba recaudada despeja toda duda sobre la verdad de lo sucedido y la responsabilidad del acusado. Este error, en el que con tanta frecuencia incurren los sentenciadores, propicia que la Corte llame la atención sobre la necesidad de que al redactar el fallo se tenga presente que éste no es un conjunto de compartimientos aislados, sino una elaboración lógico-jurídica, en donde todos los capítulos deben guardar armonía, ya que es desconcertante que se relaten unos hechos y luego en los considerandos se concluya que las cosas no sucedieron así sino de otra manera.

4. El reparo sobre la apreciación de la prueba testimonial, como bien lo anota el Procurador Delegado, se limita a ser una crítica sobre la valoración en la cual el actor antepone su criterio al del Tribunal, olvidando que el recurso tiene por objeto la demostración de un error trascendente con capacidad para quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que ampara a la sentencia de segunda instancia, no una simple confrontación de puntos de vista.

Los testigos se limitaron a comunicar al Juez los detalles de lo ocurrido, en la forma como los percibieron, y eso era lo que estaban obligados a hacer, ya que es al fallador a quien corresponde la tarea de analizarlos junto con las demás pruebas para sacar las conclusiones correspondientes. La apreciación de las versiones aportadas por los declarantes y su valoración se hizo conforme a las reglas de la sana crítica, de manera que ningún respaldo procesal encuentra la indemostrada afirmación de que el estudio testimonial realizado por el Tribunal es errado.

El cargo será desestimado.

5. El Juzgador otorgó al acriminado la condena de ejecución condicional por reunirse los requisitos del artículo 68 del Código Penal, pero ha debido limitarla a la pena privativa de la libertad, dejando el cumplimiento efectivo de la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión en el oficio de conductor, conforme lo permite el artículo 69 *ibidem*, ya que era lo recomendable ante las consecuencias tan graves que generó el reprochable comportamiento juzgado. Nada puede hacer la Sala en este momento para remediar el error, pero valga la oportunidad para reiterar esta observación e insistir en que debe ser tenida en cuenta.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA NUEVA / ACCION DE REVISION

Todo hecho para que tenga relevancia jurídico-procesal debe estar vertido en cualquiera de los medios de prueba contemplados en la ley, y es así que resulta imperativo en orden a la decisión sobre viabilidad de la acción con base en el aspecto formal de la demanda, establecer si el hecho vertido en la prueba nueva fue realmente desconocido para el fallador. / Presupuesto de la acción de revisión es la ocurrencia de la causal que se aduce.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8718. Revisión.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 92.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

En orden a establecer si la demanda de revisión presentada por la apoderada del ex agente de la Policía Nacional, el sentenciado Cristóbal (o José Cristóbal) Gómez Villanueva reúne las exigencias formales del artículo 449 del C. P. M., la Corte se ocupa, como lo dispone el artículo 450 del mismo Estatuto, de examinar el escrito.

Antecedentes Inmediatos

1. Los documentos allegados con la demanda dan cuenta de que el día 7 de marzo de 1973 los agentes Cristóbal (o José Cristóbal) Gómez Villanueva y Henry Villalba fueron designados por el Comandante del Distrito número 3 de Policía Tolima para escoltar a unos empleados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero que debían trasladar una considerable suma de dinero ($600.000) entre los vecinos municipios de Girardot y Espinal, pero acaeció que los uniformados, lejos de cumplir con su misión, se apoderaron violentamente del dinero y continuaron viaje hacia Bogotá, en donde se lo repartieron y abandonaron a los empleados bancarios cuya custodia se les había confiado, y no regresaron a su lugar de servicio ni se presentaron en ninguna dependencia de la institución.

2. Enterada la autoridad del comportamiento de los policiales, la Justicia Penal Militar abrió investigación en su contra, y transcurridos apenas cinco días desde la comisión de los hechos, los condenó en primera instancia por el delito de robo, a la pena principal de 14 años de presidio y a la accesoria de separación absoluta de las Fuerzas de Policía, en sentencia que el Tribunal Superior Militar modificó en el sentido de rebajar a la mitad la sanción principal, desconociéndose qué decisión adoptó respecto de la pena accesoria, según consta en la providencia del 13 de marzo de 1991, por la cual esta misma Sala rechazó *in limine* una primera demanda de revisión que por esa época se instauró por parte del mismo sentenciado con base en la igual causal que ahora se invoca (fls. 36-37 cd. ppl.).

3. De conformidad con el extracto de la hoja de vida aportada por la demandante, la Policía Nacional le adelantó al ex agente accionante el informativo número 02 por "atraco a mano armada", por lo que el concepto de la institución fue el de separarlo "en forma absoluta", lo que se hizo mediante Resolución número 2024 del 16 de abril de 1973, pero con efectos retroactivos al 7 de marzo de tal año (fls. 1v. y 3).

La Demanda

Acudiendo por segunda vez a la acción de revisión -la primera fue en 1991-, por medio de profesional del derecho, el ex agente de la Policía Nacional Cristóbal (o José Cristóbal) Gómez Villanueva pretende la revisión del proceso que por el delito de abandono del servicio le adelantó y falló en primera instancia el Comando de Policía Tolima y en segunda el Tribunal Superior Militar y que fue definitivamente fallado el 9 de septiembre de 1977, condenándolo a la pena principal de 47 meses de arresto.

Invoca la acorta como fundamento legal la causal 3ª del artículo 232 del C. de P. P. por considerar que después de proferida la sentencia de condena "surgieron pruebas documentales, fundamentales que no fueron conocidas en el proceso y que señalan la ausencia de responsabilidad" de su patrocinado en el ilícito (fl. 35).

Explica que la investigación se inició por auto del 2 de abril de 1973, con base en el informe del Mayor Alvaro Rodríguez Esmeral (fl. 37) y terminó en primera instancia con sentencia del 10 de mayo del mismo año (fl. 38) y que en esa providencia se dijo que hasta la fecha de su expedición los acusados no habían regresado "al cuartel base de sus servicios, ni se tiene noticia alguna de su paradero"; así mismo, asevera que en ese fallo se "consideró consumado el delito de abandono del servicio el día 17 de marzo de 1973, tal como se observa en el numeral segundo de la parte resolutiva" (fl. 39).

Sin embargo de precisar tal sentencia, advierte que ella fue anulada el 15 de enero de 1976 (fl. 36).

Luego añade que su poderdante rindió indagatoria el 6 de abril de 1977, pero que en esa diligencia "nunca se interrogó respecto el (sic) punible abandono del servicio, no se le hizo referencia directa ni a los hechos, ni al delito por el cual se le estaba indagando. Luego el procesado jamás se enteró el (sic) motivo por el cual, se le formulaban las preguntas" (fl. 39).

En seguida, centrándose en los fallos allegados con la demanda advierte que el de la primera instancia se emitió el 22 de abril de 1977, y el de la segunda el 9 de septiembre del mismo año (fls. 6-7, 15 y ss.) y señala que el Consejo de Guerra Verbal para juzgar a

su cliente por robo fue convocado e instalado el 7 de marzo de 1973, y considera que la declaratoria de reo ausente y nombramiento de defensor de oficio en ese proceso "debe tenerse en cuenta en el proceso adelantado por el ilícito de abandono del cargo (sic)", junto con esa convocatoria al Consejo como "prueba documental y pieza fundamental" por ser "la piedra angular que determinó la separación en forma definitiva como agentes activos de la Policía Nacional" de los dos acusados, que por lo tanto "desde ese instante procesal dejaron de pertenecer a la institución de la Policía..." (fls. 41-42); y habiendo sido despojado su patrocinado de su calidad de agente en servicio activo, "no puede imputársele el ilícito de abandono del servicio pues este tipo penal exige como presupuesto del sujeto activo, para que pueda incurrírsele en él (sic) se requiere estar como miembro activo de las Fuerzas Armadas, perdiéndose tal cualificación del sujeto activo no puede ser imputado ese hecho punible a quien carece de la calidad exigida por la norma sustantiva".

El hecho nuevo y por lo tanto no tenido en cuenta durante los debates, en sentir de la actora consiste en que "los fallos emitidos, tanto por el Despacho de la primera instancia como por el de segunda, respecto al proceso adelantado por el hecho punible de abandono del servicio, ignoraron la Resolución 0242 donde consta la fecha (sic) del retiro definitivo de José Cristóbal Gómez Villanueva, fue el 7 de marzo de 1973", hecho éste registrado en su hoja de vida, en la Resolución de Retiro Definitivo y de suspensión del cargo, documentos éstos tampoco considerados "porque nunca se aportaron al proceso" (fl. 42).

Al precisar la situación fáctica no apreciada al tiempo de los debates, dice que su cliente no cometió el delito de abandono del servicio porque este ilícito requiere, además de la calidad del "sujeto agente", que transcurran más de 10 días para "presentarse ante el superior, luego añade se debe dejar vencer el citado lapso para poder iniciar la correspondiente investigación, entonces si aceptáramos en gracia de discusión la remota posibilidad de ocurrencia de la infracción, tampoco estaríamos frente al punible de abandono del servicio, porque ni siquiera se dejó vencer el término señalado en el dispositivo penal para iniciar la investigación, ésta se inició el día 7 de marzo de 1973" (fl. 42).

Avanzando en su fundamentación, cuestiona el auto de la Corte, del 13 de marzo de 1991 en el que se rechazó *in limine* la primera demanda de revisión (fl. 43) y se advirtió que en el evento de que la pena accesoria de separación absoluta del sentenciado de las Fuerzas de Policía hubiera sido confirmada por el Tribunal Superior Militar en su sentencia que la Corte *no casó*, tal sanción sólo podía hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del fallo de casación, pues, estima la actora, esa sanción se hizo efectiva desde el mismo día de los hechos con la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y la declaratoria de reos ausentes de los implicados; y de aceptarse -dice- el criterio de la Corte expresado en esa ocasión, se estarían desconociendo los efectos jurídicos y materiales de la sentencia de primera instancia por robo, fechada el 12 de marzo de 1973 (fl. 43) y los demás medios de prueba indicativos de la separación definitiva de Gómez Villanueva de la calidad de agente de la Policía Nacional.

Por último, después de reafirmar que su cliente no incurrió en el delito de abandono del servicio, solicita que la Corte revise la sentencia de segunda instancia, y en su lugar

"se profiera decisión que admita la ausencia del hecho punible abandono del servicio, de responsabilidad y, por ende, la inocencia" de su poderdante.

Consideraciones de la Corte

Sería del caso escudriñar el contexto de la demanda para cotejarlo con todos y cada uno de los requisitos de orden formal previstos en el artículo 449 del C. P. M. y determinar así sobre la viabilidad de la acción de revisión incoada, si no se observara la presencia de una situación que imposibilita en forma absoluta la prosecución del trámite, cual es la evidente inocurrencia de la causal de revisión citada como fundamento legal de la alegación en efecto:

La actora advierte que el proceso por abandono del servicio que se siguió a su patrocinado terminó definitivamente con la sentencia del 9 de septiembre de 1977, emitida por el Tribunal Superior Militar, en la que, tras confirmarse la de primera instancia, se le condenó junto con su compañero de andanzas; vale decir, es contra tal pronunciamiento que endereza la acción en demanda de la invalidación que daría vía libre a la revisión del proceso, y se apoya en la causal 3ª del artículo 232 del C. P. P. -debiendo en rigor hacerlo en el Estatuto Procesal que regula la materia, el C. P. M., artículo 447- aduciendo la aparición de pruebas nuevas de carácter documental "que no fueron conocidas en el proceso y que señalan la ausencia de responsabilidad" del sentenciado en el hecho punible determinante de la condena.

Indica que esas pruebas nuevas son la Resolución 02043 del 16 de abril de 1973 en la que consta que el agente de la Policía Nacional José Cristóbal Gómez Villanueva fue retirado absolutamente del servicio con retroactividad al 7 de marzo de 1973; la constancia radicada bajo el número 1540-G (fl. 5) que señala que ese retiro se debió a "mala conducta"; el extracto de la hoja de vida que tuvo en la institución y las constancias obrantes en el proceso que por robo se le adelantó, sobre el retiro de la institución en forma absoluta del sentenciado, desde la misma fecha de iniciación de este proceso, 7 de marzo de 1973, y con fundamento en estos elementos de juicio pregona, la causal 3ª de revisión no sin antes afirmar una falacia de la cual se aferra a lo largo de la argumentación pretendiendo conferirle seriedad a ésta, pero revelando a la postre falta de seguridad jurídica y de lealtad con la administración de justicia, consistente tal falacia en asegurar:

"La sentencia de primera instancia fue emitida por el señor Coronel Pedro José Cárdenas Sánchez, comandante del Departamento de Policía Tolima, providencia de fecha 10 de mayo de 1973, en la cual condenó a José Cristóbal Gómez Villanueva y Henry Villalba Jaramillo a la pena principal de cuarenta y siete (47) meses de arresto y como pena accesoria la separación de las Fuerzas de Policía, por el tiempo que dure la pena principal" (fl. 29 cd. ppl.).

Cuando lo cierto es que la sentencia de primera instancia que fue objeto de la confirmación por el Tribunal Superior Militar, fue la proferida el *22 de abril de 1977*, debido a que la mencionada por apoderado recurrente *fue anulada* por esa Corporación mediante auto del 15 de enero de 1976, tal como páginas adelante lo advierte la misma profesional (f. 39) para ahí sí, y restándole toda trascendencia para los efectos de la acción incoada, expresar que la sentencia de la primera instancia (fl. 39) correspondiente al

proceso por abandono del servicio es la dictada el 22 de abril de 1977, trastocando inexplicablemente la fecha, según puede verse en estos párrafos:

"El Comando de la Policía del Tolima, *el 22 de abril de 1977* como funcionario *ad quo* (sic), sustentándose en el artículo 590 del Decreto 0250 de julio 11 de 1958, condenó a José Cristóbal Gómez Villanueva, a la pena de arresto de cuarenta y siete (47) (sic), por el punible de abandono del servicio" y:

El Tribunal Superior Militar, el día 9 de septiembre de 1977, confirmó la providencia de primera instancia emanada del funcionario de primera instancia, proveído calendado *noviembre 22 de 1977*" -cursivas fuera de texto-.

El argumento central del farragoso escrito de demanda consiste en que al haber sido el sentenciado Gómez Villanueva separado absolutamente del servicio de agente de la Policía lo que sucedió el mismo día de los hechos ilícitos contra el patrimonio económico, 7 de marzo de 1973, con la iniciación del proceso *por robo*, la convocatoria del Consejo Verbal de Guerra y la designación de defensor de oficio (fls. 4-41), y haber perdido así desde esa fecha la calidad de sujeto activo del delito de abandono del servicio, este hecho punible no tuvo ocurrencia y por lo tanto no se le podía imputar al sentenciado porque el artículo 155 del entonces vigente C. P. M. otorgaba -según el sentir de la actora- diez días de plazo al policial, a partir de la fecha del servicio que se le había encomendado para presentarse a su superior y sólo en caso de no hacerlo entonces, daba por ocurrido el punible; y siendo que en la sentencia cuya revisión se busca, no se tuvieron en cuenta los documentos que daban cuenta de esa desvinculación absoluta, la acción debe prosperar.

Pues bien: Todo hecho, para que tenga relevancia jurídico-procesal, debe estar vertido en cualquiera de los medios de prueba contemplados en la ley, y es así que, resulta imperativo en orden a la decisión sobre viabilidad de la acción con base en el aspecto formal de la demanda, establecer si el hecho vertido en la prueba nueva fue realmente desconocido para el fallador.

La sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el 9 de septiembre de 1977, confirmatoria de la condenatoria del 22 de abril del mismo año dictada por el Comandante del Departamento de Policía Tolima (fls. 15-18 y 6-8), en su parte considerativa reza:

"Los declarantes (...) corroboraron las informaciones del denunciante en el sentido de que Gómez Villanueva y Villalba Jaramillo habían desaparecido en la mañana del 7 de marzo anterior a la fecha de sus exposiciones (3 de abril de 1973) cuando se les encargó la misión de escolta de unos funcionarios de la Caja Agraria para el retiro de una suma de dinero de las oficinas de Girardot con destino a la sede de la misma entidad en el municipio de El Espinal." (fl. 16).

Y renglones adelante:

"Cabe anotar que el Juzgado 6º I. P. M. no tuvo el cuidado de dejar claramente establecida la fecha de captura de los dos procesados con vista a determinar el tiempo en que éstos estuvieron fuera del servicio; sin embargo, las diligencias de emplazamiento y el juzgamiento en contumacia que se hizo en mayo de 1973, anulado por el Tribunal, no dejan duda de que aquellos sobrepasaron sobradamente el tiempo de ausencia

previsto en el artículo 155 del Código de J. P. M., para que se estructura (sic) el delito de abandono del servicio" (fls. 17-18).

Mientras que por su parte en la declaración indagatoria rendida el 6 de abril de 1977 -más de cuatro años después de los hechos- (fls. 24-26) en la que sí fue interrogado sobre el hecho punible materia de la investigación, contrariamente a lo afirmado por la actora de que sobre él no se le preguntó, el acusado manifestó:

"Ese fue el día en el cual me fui de la Policía, pues decidí no trabajar más y me fui. Me estuve en el cuartel hasta cuando nos dieron una misión y no volví, por ahí a las nueve y media de ese día, en compañía de Henry Villalba la misión de escoltar un dinero, una escolta de la Caja Agraria de Espinal y no volví".

A la pregunta de cuándo regresó a la institución respondió:

"No he regresado".

A la de cuál fue el motivo "para abandonar la misión que tenía y no regresar a la Policía contestó:

"El motivo por el cual no regresé voluntario, fue voluntario" (fl. 25).

Así la situación, aunque cierto es que la prueba documental consistente en la Resolución 02043 del 16 de abril de 1973 dictada dentro del informativo 02 por "ataco a mano armada" que la institución le adelantó al sentenciado Villanueva -tal como consta en el extracto de la hoja de vida por la demandante-, no fue tenida en cuenta en el fallo del Tribunal Superior Militar, como tampoco lo fueron los demás documentos que registraban el retiro absoluto del servicio del implicado a partir del 7 de marzo de 1973 cuando, siendo agente de la Policía Nacional en servicio activo incurrió en el delito contra el patrimonio económico y se evadió hasta que fue capturado y oído en indagatoria -que quedó incluida en la actuación anulada por el Tribunal y luego repuesta con la que ha sido parcialmente transcrita-, también es cierto, y aquí estriba lo enervante del trámite de la acción, que el hecho de que dan cuenta los prealudidos documentos, apenas sí se legalizó cuando ya el delito había tenido plena configuración, es decir, el 16 de abril de 1973, fecha de expedición de la resolución de separación absoluta con los efectos retroactivos al día de los hechos. Y ya para entonces, así hubiera el acusado querido presentarse al que había sido su superior, habría tenido que responder -como en efecto sucedió- del delito contra el servicio.

El procesado abandonó el servicio para el cual había sido asignado siendo agente activo de la Policía Nacional, y según lo dijo en su indagatoria cuatro años después de los hechos, lo abandonó voluntariamente, esto es, no tenían intención de regresar; él, a su propio riesgo y decisión se desvinculó, no requirió un acto administrativo o jurisdiccional que así lo decretara, sino que éste sobrevino a los hechos cumplidos, de manera que la no consideración del acto administrativo de tal desvinculación absoluta en la sentencia carece de relevancia para la acción de revisión, evidenciado como ha quedado, que en el fallo definitivo el Tribunal sentó las pautas fáctico-procesales, del hecho punible, con expresa referencia al artículo 155 del C. P. M. y a las pruebas demostrativas de la conducta asumida por el sentenciado.

Bien hubiera podido, de no ser como palmariamente lo confiesa en su indagatoria, el procesado regresar dentro del lapso transcurrido entre el día de los hechos y la

resolución y explicar -hasta incluso justificar- su comportamiento para impedir la acusación por abandono del servicio, y no haberlo hecho no cambia las consecuencias jurídicas que hoy afronta.

El delito contra el servicio se materializó, como lo revela la indagatoria, el mismo día en que el acusado recibió la misión que abandonó, porque la decisión que adoptó fue la de "no trabajar más" o irse, y esto lo resolvió, según ha quedado dicho, como agente activo de la Policía Nacional, frente a lo cual el transcurso de los diez días de que habla la actora es argumento meramente especulativo.

Si pues, presupuesto de la acción de revisión es la ocurrencia de la causal que se aduce, y en este caso el hecho de que da cuenta la prueba documental no conocida al tiempo de los debates fue contemplado en el fallo definitivo como proveniente de fuente distinta -en aquella, del acto administrativo, y en éste de la prueba acopiada al proceso , resulta forzoso negar la viabilidad a la acción, en cuanto las exigencias formales que la demanda debe llenar guardan relación de causalidad con dicho presupuesto, y aquí esa relación no existe.

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

RESUELVE:

1. Reconocer como apoderada del procesado José Cristóbal Gómez Villanueva a la doctora Angela Bermúdez Córdoba, en los términos del poder a ella conferido.

2. *Rechazar in limine* la demanda de revisión presentada por la doctora Angela Bermúdez Córdoba como apoderada de Cristóbal (o José Cristóbal) Gómez Villanueva a que hace mérito esta providencia.

Cópiese, notifíquese, 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

CASACION DISCRECIONAL

Los requisitos que debe cumplir un escrito que pretenda acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excepcional del artículo 218 del estatuto procedimental, no sólo son los propios del instituto, sino también otros adicionales, instituidos por el legislador para permitir su estudio pese a que en principio, se le encuentra vedado su acceso. / Respecto a los primeros se requiere que se intente contra una sentencia de segundo grado, que se proponga dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha decisión, y que el recurso lo impetre el Procurador, su delegado o el defensor del imputado. Por consiguiente, los demás sujetos procesales (el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable) no pueden hacerlo aunque les es dable expresar su opinión como partes no recurrentes en el momento procesal que se les asigna para tal fin. / La controversia que se suscite ha de propender al desarrollo de la jurisprudencia, esto es, a enriquecer temas ya tratados proponiendo otras perspectivas jurídicas, remediando problemas surgidos de anteriores soluciones, en fin, dándole al debate nuevas connotaciones que, a la luz del caso concreto en estudio, sirvan para exponer razonamientos novedosos hacia el futuro para casos análogos. En cuanto a las garantías fundamentales, piedra angular de nuestro sistema democrático, es evidente que cualquier conculcación conspira contra él y debe ser corregido por la administración de justicia pues, en su salvaguardia, se encuentra su razón de ser. Ninguna mácula es permitida en este aspecto y por ello, la vía excepcional se constituye en garante de ello.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8826.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 92.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la petición que formula el defensor del procesado Luis Antonio Pérez, 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 proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Antecedentes

El treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en Belén (Boyacá) se produjo un enfrentamiento entre Luis Antonio Pérez y Armando Orozco Gallo, decomisándosele al primero de ellos un revólver, calibre 38 que llevaba consigo sin el respectivo salvoconducto. Ello motivó a las autoridades para investigar al primero por los presuntos punibles de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal.

Luego de acopiarse los elementos de juicio necesarios, el Juzgado Dieciséis (16) de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Viterbo dispuso la cesación de procedimiento por ambas infracciones. Sin embargo, el Tribunal de dicha ciudad no estuvo de acuerdo y si bien confirmó la decisión en lo tocante al primero de los ilícitos, respecto del segundo ordenó la reapertura de la investigación.

La nueva indagación criminal le correspondió seguirla al Juzgado Trece (13) de Instrucción Criminal radicado en dicha ciudad y, posteriormente, a la Unidad de Fiscalía Especializada (Fiscalía Sexta) quien, al calificar el mérito del sumario dispuso proferir resolución de acusación contra Pérez por el punible investigado. La etapa de la causa le correspondió conocerla al Juez Primero (1º) Penal del Circuito quien, luego de realizarse la audiencia pública de rigor, condenó al encartado a purgar una pena de ocho (8) meses de prisión, así como las accesorias de rigor, decisión que fue confirmada integralmente en la segunda instancia.

La Impugnación Extraordinaria

El defensor del condenado interpuso el recurso extraordinario de casación siguiendo la preceptiva del artículo 218-3 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 201 de la misma obra.

Como apoyo a su pretensión manifestó que era procedente "...por ser necesario para el desarrollo de la jurisprudencia y garantía de los derechos fundamentales, como es en este caso, el de defensa".

La Corte

1. En varias oportunidades la Sala ha llamado la atención sobre los requisitos que debe cumplir un escrito que pretenda acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excepcional del artículo 218 del estatuto procedimental. No sólo debe cumplir con los propios del Instituto sino también con otros adicionales, instituidos por el legislador para permitir su estudio pese a que, en principio, se le encuentra vedado su acceso.

Respecto a los primeros se requiere que se intente contra una sentencia de segundo grado, que se proponga dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha decisión, y que el recurso lo impetre el Procurador, su Delegado o el defensor del imputado. Por consiguiente, los demás sujetos procesales (el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable) no pueden hacerlo aunque les es dable expresar su opinión como partes no recurrentes en el momento procesal que se les asigna para tal fin.

De otro lado, y como exigencias propias de esta excepcional vía, la controversia que se suscite ha de propender al desarrollo de la jurisprudencia, esto es, a enriquecer temas ya tratados, proponiendo otras perspectivas jurídicas, remediando problemas surgidos de anteriores soluciones, en fin, dándole al debate nuevas connotaciones que, a la luz del caso concreto en estudio, sirvan para exponer razonamientos novedosos hacia el futuro para casos análogos. En cuanto a las garantías fundamentales, piedra angular de nuestro sistema democrático, es evidente que cualquier conculcación conspira contra él y debe ser corregida por la administración de justicia pues, en su salvaguardia, se encuentra su razón de ser. Ninguna mácula es permitida en este aspecto y por ello, la vía excepcional se constituye en el garante de ello.

Estas preceptivas han de guiar las intenciones del proponente. Por tanto, el escrito que intente este singular medio para la casación excepcional ha de mostrarle a la Sala el porqué, el caso de la especie cumple con ellas. Se hace necesario, entonces, que el memorialista presente con precisión y claridad las razones que considere convenientes, pues sólo de esta manera puede la Corte examinar la pertinencia del pedimento. "De no ser así -se dejó en oportunidad pretérita- 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, contraviándose la voluntad del legislador". Amás de ello, se requiere que el *ad quem* envíe la actuación original, única forma de comprobar la validez de las razones propuestas por el impugnante.

2. Como puede verse, las primeras formalidades son cumplidas a cabalidad. La sentencia cuestionada es de segunda instancia, la impetración del recurso se hizo dentro de los términos legales y quien intenta la impugnación es el defensor del procesado. De igual manera, el sentenciador remitió la actuación original, contándose en el momento con la información necesaria para establecer si las razones esgrimidas por el actor cuentan con el suficiente respaldo.

Empero, la "argumentación" que presenta para conseguir la admisión del recurso, representa la nada jurídica. Ni siquiera puede criticársele la pequedad o la nimiedad de sus razones sencillamente porque no plantea ninguna. Apenas se limita a repetir los requisitos que trae el artículo 218 citado. Ni una sola idea aporta para ilustrar a la Sala sobre la pertinencia de su pedimento. Solamente, al finalizar los dos renglones que le dedica a sus tesis, menciona el derecho de defensa, sin especificar por qué alude a él.

3. Así las cosas, teniéndose en cuenta la ausencia de fundamentación, falencia que impide a la Sala conocer las razones que llevaron al impugnante a intentar esta vía excepcional, adviene indiscutible la inadmisibilidad del recurso.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Luis Antonio Pérez, por las razones invocadas en la parte motiva de este proveído.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

"Cuando uno de los motivos esgrimidos para acogerse a la vía de la casación excepcional es la necesidad de desarrollar o unificar la jurisprudencia nacional sobre un punto de derecho cuestionado, es deber insoslayable del peticionario exponer las razones en que funda su pretensión, confrontando la posición de la jurisprudencia existente, con los puntos de su disentimiento y aportando sus posturas dialécticas sobre el tema, a fin de que la Corte contando con las pautas necesarias pueda vislumbrar la necesidad o de un cambio o de una ampliación orientados a enriquecer los criterios de interpretación y aplicación de la ley".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación excepcional número 8139.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 92 (13-10-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Vistos

En firme la providencia que invalidó el trámite adelantado por el *ad quem*, ha vuelto el expediente a Despacho para decidir sobre la viabilidad del recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor del procesado Jairo Antonio Orozco Cuervo contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en proceso por falsedad personal por atribución de nombre y calidad supuestos.

Antecedentes

Jairo Antonio Orozco Cuervo quien se hacía pasar por el médico "Luis Alberto Pérez B.", con el objeto de dedicarse a actividades propias de dicha profesión, fue denunciado, juzgado y condenado en sentencias de primera y segunda instancias, proferidas por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y el Tribunal Superior del mismo Distrito, respectivamente, a la pena principal de 18 meses de prisión como responsable del delito de falsedad personal por atribución de nombre y calidad supuestos, de que trata el artículo 227 del Código Penal.

Surtiéndose la notificación de la sentencia de segunda instancia, el defensor del procesado en sobrio escrito dirigido a la Magistrada Sustanciadora del Tribunal Superior le hizo saber que interponía contra esa decisión el recurso excepcional de casación previsto en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal porque consideraba "que se trata de un caso y de un delito, sobre el cual casi no existe jurisprudencia al respecto, y sería interesante que la Sala de Casación Penal de la Corte hiciera algún pronunciamiento", manifestando que en el evento de ser concedido se acogería en la respectiva demanda a la causal primera de casación por error de apreciación en las pruebas.

Como a tal solicitud se le imprimió equivocadamente el trámite indicado en el artículo 224 de la mencionada codificación procedimental, porque en lugar de haberse remitido de inmediato el expediente a la Corte para los fines pertinentes, se concedió por el Tribunal el recurso y se surtieron los traslados de rigor al demandante y los demás sujetos procesales habiéndose presentado demanda en tiempo, la que inadvertidamente fue declarada ajustada a las exigencias legales; hubo de decretarse la nulidad de lo actuado a partir del auto que concedió el recurso, en virtud de petición formulada en dicho sentido por la Procuraduría Delegada.

Consideraciones de la Corte

Si bien es cierto que la solicitud para que se revise en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por la vía excepcional del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, proviene de la parte legitimada para recurrir, esto es, del defensor del procesado; la impugnación fue intentada dentro del término de ejecutoria fijado para esta clase de providencias por el artículo 223 *ibidem*, y el impugnante esbozó, aunque en forma lacónica, la razón que lo llevó a acudir a este excepcional medio impugnatorio, con lo que se satisfacen los requisitos y exigencias tendientes a justificar su aceptación; sin embargo, a juicio de la Sala, el motivo aducido respecto a su viabilidad no permite imprimirle a la excepcional solicitud la tramitación correspondiente.

En el caso que se examina, el actor se limita para apoyar su petición y acogerse al privilegio impugnatorio de la casación excepcional o facultativa, a hacer la simple manifestación de que el caso juzgado no cuenta con la suficiente jurisprudencia y que sería conveniente un pronunciamiento de la Corte al respecto, sin que exprese en forma alguna cuáles son los vacíos que el peticionario observa en este campo, ni los temas que debieran ampliarse o actualizarse para el desarrollo de la jurisprudencia.

Esta Corporación ha expresado que cuando uno de los motivos esgrimidos para acogerse a la vía de la casación excepcional es la necesidad de desarrollar o unificar la jurisprudencia nacional sobre un punto de derecho cuestionado, es deber insoslayable del peticionario exponer las razones en que funda su pretensión, confrontando la posición de la jurisprudencia existente, con los puntos de su disentimiento y apoyando sus posturas dialécticas sobre el tema, a fin de que la Corte contando con las pautas necesarias pueda vislumbrar la necesidad de un cambio o de una ampliación orientados a enriquecer los criterios de interpretación y aplicación de la ley. (Auto del 18 de junio de 1993, entre otros).

El recurrente en el presente caso se limita a expresar la conveniencia de un pronunciamiento de la Corte sobre el tema de la Falsedad Personal, sin ninguna argumentación o fundamento que respalde la viabilidad de su petición, lo cual impide a la Corte conocer el pensamiento del impugnante y determinar si en realidad el tema es necesario para el desarrollo o la unificación de la jurisprudencia nacional.

Se puede afirmar, en consecuencia, que el interesado no ha cumplido con el elemental requisito de fundamentar con serias razones la interposición de este excepcional recurso, lo cual impide a la Sala imprimirle el trámite respectivo. Su petición será por tanto denegada.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal declara inadmisible el recurso excepcional de casación, interpuesto por el defensor del procesado Jairo Antonio Orozco Cuervo.

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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gardillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE DERECHO / PRUEBA / SANA CRITICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cada categoría de falso juicio posee su propia naturaleza y sus particulares efectos, que lo torna en una entidad autónoma y, por tanto, excluyente de los demás. Por ello, alegarlos al tiempo sobre una misma probanza, no sólo viola el principio de no contradicción; también oscurece el pensamiento del casacionista, pues la Sala se ve impedida de escoger ante la disyuntiva presentada, mereciendo el principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario. / Necesariamente si se pretende que a una prueba se le dé una determinada valía con apoyo en las reglas de la sana crítica, necesariamente debe partirse de su legalidad, si es ilegal, su valor es nulo y, por ende, se excluye cualquier tipo de justiprecio. Alegar por consiguiente, al mismo tiempo que una prueba no cumple con los requisitos legales para tener fuerza probatoria pero que sí los llena aunque no posee la estima que le dio el sentenciador, configura una contradicción imposible de resolver. / Desde el derogado ordenamiento procesal se hizo recaer el peso de la valoración en la sana crítica del juez, apoyada en las reglas de la lógica y la experiencia, en el correcto entendimiento humano y en sus conocimientos jurídicos. Por tanto resulta inmedible y, por ende, de imposible demostración un fallo en este ámbito, pues no se puede establecer un desconocimiento de lo querido por la ley cuando ésta no les indica ningún valor específico a las diferentes probanzas. / Cada probanza en particular y su rol dentro de las demás, permiten abordar la cuestión en forma integral, única manera de demostrar la trascendencia de los errores cometidos por el sentenciador, de tal magnitud que, de no haber incurrido en ellos, el fallo habría sido notoriamente más favorable al actor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7509.

Magistrado Ponente: Doctor: *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 92.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación presentada por el apoderado de Luis Hernando Rodríguez Huertas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria parcialmente de la dictada por el Consejo de Guerra en primera instancia, mediante la cual lo halló responsable de un delito de concusión, en compañía de César Julio Forero Cifuentes, José Alberto González Marulanda, Víctor Manuel Sierra Ariza, Alvaro de Jesús Jiménez Mejía, sancionándoles a purgar la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, más las accesorias de rigor.

Hechos

La narración fue realizada con propiedad por el Tribunal en los siguientes términos:

"El 6 de junio del presente año entre las 20:00 y 23:00 horas, el periodista Estupiñán realizó una filmación en el sector comprendido en la calle 67 y carrera 67 de la ciudad capital, sector barrio La Estrada, por tener conocimiento en razón de denuncias anónimas de que en dicho sector se expedía bazuco y que algunas personas dedicadas al ilícito negocio eran obligados por miembros de la Policía Nacional a pagar un 'impuesto' para no entorpecer esa labor ilegal.

"Provisto de equipos adecuados de filmación ubicados en sector secreto logró su propósito y durante algún tiempo, alrededor de unas tres horas realizó la programación prevista; con el videocasete debidamente acondicionado para fines de presentarlo en la televisión, al día siguiente en las horas de la noche en el Noticiero Nacional, los televidentes pudieron ver las partes más importantes de esa filmación.

"Como el hecho suscitó natural inquietud en la propia institución de la Policía, que aparecía afectada, de inmediato miembros del servicio de contrainteligencia de la División Bogotá, luego de observar el videocasete y realizar una serie de pesquisas, rindieron un informe donde se dejaron expresadas sus conclusiones.

"Y ese informe sirvió de fundamento para que el Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar iniciara la correspondiente investigación penal".

Sinopsis Procesal

Esta vez la síntesis fue elaborada por la delegada. Aquí sus palabras:

"Con base en las diligencias practicadas por la Unidad de Contrainteligencia de la Sijín y el informe presentado por la Jefatura de esa dependencia de la Policía Metropolitana de Bogotá, el Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar inició formal averiguación penal a la cual fue vinculado, en calidad de sindicado mediante indagatoria, el agente Rodríguez Huertas Luis Hernando, entre otros, habiendo dictado en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y solicitado la suspensión en el ejercicio de sus funciones públicas, al momento de resolver su situación jurídica, y sosteniéndose esta determinación en primera y segunda instancias, al resolver los recursos interpuestos contra la misma por el defensor del implicado.

"Avocado el conocimiento de las diligencias por el señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, como juez único de primera instancia, luego de ordenar y

comisionar para la práctica de algunas diligencias, declaró precluida la investigación y mantuvo esta decisión, impugnada por los defensores de algunos encartados, procediendo, entonces, a proferir resolución de convocatoria a Consejo de Guerra sin intervención de vocales contra el acusado en cuestión, por el delito de Concusión, habiendo sido ésta ratificada por el *a quo*, al decidir la reposición surtida respecto de dicha providencia.

"Ejecutoriada la dicha resolución de convocatoria, se llevó a cabo la celebración del Consejo de Guerra en la fecha previamente señalada para el efecto, en cuyo desarrollo el Representante del Ministerio Público después de resaltar algunas irregularidades en el trámite de la actuación, pero que en su concepto no dan lugar a la configuración de nulidades, solicita la absolución de algunos inculpados, y entre otros, la condena de Rodríguez Huertas, por hallar claridad y contundencia en cuanto a la prueba incriminatoria; el defensor de este procesado, a su turno, luego de hacer alusión, así mismo, a algunas irregularidades que advierte en el proceso, de argüir una equivocada calificación jurídica de los hechos, puesto que en su concepto no se dan los elementos de la Concusión; y de criticar la prueba de cargo, por no hallarla suficiente para condenar, demanda sentencia absolutoria para sus defendidos.

"La Presidencia del Consejo de Guerra, mediante proveído del 2 de agosto/91, condenó al acusado en la forma y términos que se expresaron atrás, habiendo sido confirmada esta determinación en segunda instancia, con las reformas a que se hizo mención, por el Tribunal Superior Militar, igualmente como se expuso con antelación".

La Demanda

Considera el recurrente, en un cargo único, que el fallo violó indirectamente el artículo 198 del Código Penal Militar, a través de la vulneración de los artículos 246, 247 y 295 del C. de P. P. La norma consagrada en el referido artículo 198 "...fue indebidamente aplicada por errónea apreciación del contenido de los testimonios rendidos por José Alirio Parada Caravito y Adriana María Rojas García; como también a un falso juicio de legalidad, a quienes la sentencia les otorgó completa credibilidad y legalidad...", quebranto que condujo a dar por establecida "...la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado..."

A continuación advierte que se encuentra debidamente demostrado un error de derecho, pues si se hubiese efectuado el estudio de las declaraciones reseñadas, "...se les hubiera analizado de acuerdo al examen a la sana crítica del testimonio y este medio probatorio se hubiera allegado al proceso, fundado en el principio de legalidad de aporte de la prueba, la resolución de condena hubiese perdido su fundamento, por cuanto el solo video, o prueba técnico-documental, no era suficiente para condenar".

Luego pasa a referirse a los principios de la sana crítica que excluyen la libre interpretación del juez antes de acometer el examen de las condiciones personales y sociales de los declarantes. Pasa entonces al aparte que denomina "comprobación del cargo"; resaltando en primer término, que Parada y la Rojas no concretaron el cargo de exigencia de dinero o cualquier otra utilidad de los procesados a los expendedores de bazuco. Tampoco lo identificaron como integrante de la patrulla 106 de la Policía Nacional. Además, ambos sujetos coinciden en afirmar la carencia de luz en el lugar de los

acontecimientos, amén de que dos de los presuntos policiales llevaban puestos sus cascos de dotación, lo que hace imposible su identificación.

El censor prosigue su escrito centrando su atención en los descargos de Luis Hernando Rodríguez, acerca de las represalias que estos dos drogadictos han formulado en su contra por las aprehensiones que en varias oportunidades les ha hecho. Resalta, además, su condición de consumidores de bazuco, lo que descarta su imparcialidad para luego referirse a la confusión que existe sobre la identidad de Adriana Rojas, pues no se estableció a ciencia cierta su edad cronológica ni su origen. De otra parte, recuerda la denuncia que Parada hizo ante la Procuraduría y el Juzgado Setenta y Ocho (78) de Instrucción Criminal, acerca de las torturas de que fue objeto "...para obligarlo a que declarara en contra de los agentes vinculados al proceso hasta el punto que la (sic) falsificaron sus firmas...", cargos que fueron corroborados por el dictamen forense y por el informe 42390 de septiembre 10 de 1990.

En consecuencia, solicita de la Sala invalidar la providencia recurrida, dictando en su lugar un fallo de carácter absolutorio.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Evidencia en primer término la carencia de técnica que exhibe el libelo al proponer simultáneamente y en relación con la misma prueba, esto es, respecto de las declaraciones de José Alirio Parada Garavito y Adriana María Rojas García, los falsos juicios de convicción y legalidad. Esta confusión se revela a lo largo de su escrito, pues luego de resaltar que no se tuvieron en cuenta los principios de la sana crítica en el análisis de dichos testimonios, aduce que también se ignoraron los principios de formalidad y legitimidad que faltaron en la producción de esta prueba, fundamento de la sentencia.

Después de recalcar la impropiedad de invocar un falso juicio de convicción respecto de estas probanzas por no estar sujetas a tarifa legal, destaca que ellas solas no tienen la suficiente importancia para permitir, con su desconocimiento, el quiebre del fallo, ya que es copioso y diferente el material probatorio que se tuvo en cuenta para edificarlo.

Además, advierte que parte de la inconformidad del censor se dirige a controvertir la realidad fáctica de lo dicho por los deponentes, por lo que la vía correcta que debió escoger era la del error de hecho por falso juicio de identidad. De otra parte, refuta la afirmación de que el fallador hubiese dejado de aplicar las reglas de la sana crítica, pues en forma diáfana aclara que simplemente no se le dio credibilidad a su retractación por considerar que la primera versión se acomodaba a la realidad de lo acontecido.

En cuanto a las condiciones personales y sociales de los testigos, la sentencia puso de relieve el examen cuidadoso que debía hacerse de sus versiones, resultando intrascendente lo relacionado con las incongruencias respecto de la edad de Adriana Rojas.

Finalmente, y con relación a las presuntas torturas que se le infligieron a Parada, también subraya el Tribunal que el sujeto al presentarse por primera vez ante las autoridades no puso en su conocimiento ningún tipo de maltratos que hubiera sufrido, pese a que, tratándose de una persona experta en delinquir, tal hecho seguramente lo habría denunciado inmediatamente ante la Procuraduría o cualquier otra autoridad

competente y no esperar hasta mucho después para hablar de los pretendidos ultrajes y vejámenes.

Así las cosas, solicita de la Sala no casar el fallo impugnado.

La Corte

1. Como bien lo destaca la Delegada, desde un comienzo el libelo exhibe múltiples falencias que presto conducen a su fracaso. Según el enunciado, el fallo violó indirectamente el artículo 198 del Código Penal Militar, por indebida aplicación, al apreciarse erróneamente el contenido de los testimonios rendidos por José Alirio Parada Carvajal y Adriana María Rojas García. Ello significa -aunque no se manifiesta expresamente- el planteamiento de un error de hecho por falso juicio de identidad que presupone que el fallador tergiversó o desfiguró el sentido o alcance de la prueba testimonial en cita. Hasta aquí el reproche muestra la claridad necesaria para abordar su estudio.

Sin embargo, la confusión se introduce, en seguida, al señalar al fallo como incurso en "...un falso juicio de legalidad, a quienes la sentencia les otorgó plena credibilidad y legalidad, apartándose de las reglas de los artículos 295 y 246 del C. de P. Penal, en relación con la crítica del testimonio y la necesidad de aplicarse el principio de legalidad en la producción de la prueba...".

El desvío es indudable: ahora el motivo de sus reflexiones es el error de derecho. Peor aún. Sus dos especies son planteadas coetáneamente sobre las mismas pruebas, creando la dilogía consiguiente, pues como muchas veces lo ha consignado la Sala, cada categoría de falso juicio posee su propia naturaleza y sus particulares efectos, que lo torna en una entidad autónoma y, por tanto, excluyente de los demás. Por ello, alegarlos al tiempo sobre una misma probanza, no sólo viola el principio de no contradicción; también oscurece el pensamiento del casacionista, pues la Sala se ve impedida de escoger ante la disyuntiva presentada, merced al principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario.

Los renglones siguientes no contribuyen a despejar el panorama, pues el libelista ahora se dedica a demostrar que en el plenario se incurrió en un error de derecho ya que a los citados deponentes no se les analizó "...de acuerdo con la sana crítica del testimonio...". Aunque no menciona el falso juicio que le dio origen, hasta aquí sus palabras indican que se está frente a la modalidad de un error de valoración, o lo que es igual, de un falso juicio de convicción. No obstante, la continuación de la lectura provoca el desconcierto al agregar: "...y este medio probatorio se hubiera allegado al proceso, fundado en el principio de legalidad de aporte de la prueba, la resolución de condena hubiese perdido su fundamento, 'por cuanto el solo video o prueba documental no era suficiente para condenar'". Es decir, cuestiona la idoneidad jurídica del video documento, al no cumplirse con los requisitos legales para su aducción, pese a lo cual el fallador lo tomó en consideración. Falso juicio de legalidad, sin duda, cuya invocación provoca el caos lógico consiguiente, que desmorona el reproche, pues, necesariamente, si se pretende que a una prueba se le dé una determinada valía con apoyo en las reglas de la sana crítica, necesariamente debe partirse de su legalidad. Si es ilegal, su valor es nulo y, por ende, se excluye cualquier tipo de justiprecio. Alegar, por consiguiente, al mismo tiempo que una prueba no cumple con los requisitos legales para tener fuerza probatoria pero que sí los llena aunque no posee la estima que le dio el sentenciador, configura una contradicción imposible de resolver.

2. Ahora bien, aunque el censor hubiese optado por enrutar su crítica únicamente hacia el falso juicio de convicción, de todas maneras su cargo no tenía vocación de prosperidad. La eliminación de la tarifa legal es el escollo. Desde el derogado ordenamiento procesal se hizo recaer el peso de la valoración en la sana crítica del juez, apoyada en las reglas de la lógica y la experiencia, en el correcto entendimiento humano y en sus conocimientos jurídicos. Por tanto, resulta inmediblc y, por ende, de imposible demostración, un fallo en este ámbito, pues no se puede establecer un desconocimiento de lo querido por la ley cuando ésta no les indica ningún valor específico a las diferentes probanzas.

3. Suficientes falencias predican el descalabro del ataque. Sin embargo, aún restan otras que llaman también la atención de la Sala. El análisis de una providencia de fondo no se limita a la visión parcial de las pruebas favorables al demandante. El examen ha de ser total. Cada probanza en particular y su rol dentro de las demás permiten abordar la cuestión en forma integral, única manera de demostrar la trascendencia de los errores cometidos por el sentenciador, de tal magnitud que, de no haber incurrido en ellos, el fallo habría sido notoriamente más favorable al actor. Pero hacer el recuento, como lo hace el libelista, sin confrontarlas con las demás que le sirvieron de fundamento al juzgador, impiden conocer su verdadera importancia.

En este supuesto, el casacionista dirige sus razonamientos a demostrar que los testigos de cargo (Adriana Rojas y José Parada) hacen alusiones vagas sobre su poderdante. No sólo no concretaron los cargos, tampoco lo señalaron como uno de los patrulleros de la Panel 106. Sin embargo, como bien lo indica la Delegada, examinados los testimonios y su relación con el acervo probatorio se descubre todo lo contrario. Adriana, por ejemplo, habla con claridad respecto del "impuesto" y su monto, exigido por los agentes del orden, así como identifica en el videocasete no sólo a los policiales sino a otras personas que deambulan por el sector. No estará de más anotar que la citada declarante en reconocimiento fotográfico obrante a folios 75 y ss. del expediente, individualizó a varios de los uniformados -incluido Luis Hernando Ramírez Huertas a quien reconoció como uno de los sujetos que "iban a la olla a cobrar el impuesto". De igual manera, Parada hace lo suyo, llamando con nombre propio a una de las personas que en ese momento les está entregando dinero a los patrulleros.

4. Pero, además, éstas no son las únicas evidencias en que se apoyó el fallador para proferir su condena. Recuérdese que Rodríguez en verdad hacía parte del grupo que se encontraba vigilando el sector cuando sucedieron los hechos a bordo de la Panel 106; así mismo, admitió haber pasado en varias oportunidades por el sitio donde se produjo el ilícito. También, el Magistrado ponente advirtió por sus propios ojos, al ver el casete que sirvió de base para iniciar la investigación, el paso en tres oportunidades de la patrulla 106 por el sitio de marras, identificando a "Clara León" o "Clara Hernández" -persona que se dirigió a la panel para cancelar el impuesto- tal como lo asegura en su declaración José Parada. Con esta visión del lugar y los movimientos sospechosos que se observan, el funcionario concluye que todo esto, unido a la versión del periodista Hernán Estupiñán, indica que "...no cabe duda alguna de que en el sitio de la calle 67 con carrera 67, y sitios aledaños, expenden estupefacientes, contando con la aceptación y colaboración de varias unidades de la Policía Nacional, entre éstos, los prenombrados integrantes de la Panel 106".

5. Pero aparte de la sinrazón del ataque, si se atiende con cuidado a las palabras del libelo se descubre la verdadera finalidad de su censura. Fuera de cuestionar la credibilidad, pone de presente las condiciones de percepción del lugar del acontecimiento criminoso. Según sus palabras, los deponentes sostienen que allí no había la luz suficiente para apreciar con certeza los movimientos de las personas y su identificación. Por tanto, si se aceptaron sus dichos como precisos en este aspecto, por fuerza debieron haber sido distorsionados. Así las cosas, si ésta era su intención, el planteo correcto era en el ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad.

6. Finalmente, la Sala rechaza la crítica que hace el censor sobre la inaplicabilidad de las reglas de la sana crítica al examinar las deposiciones de los testigos de cargo. En lo que se refiere a Parada, el Tribunal temprano advierte que no se puede descartar su dicho "por el solo hecho de ser persona adicta al bazuco". Por el contrario, sus palabras deben ser examinadas cuidadosamente a fin de establecer si el declarante estaba en condiciones físicas y mentales para percibir los hechos o si su vínculo con las partes "puede llevarlo a moverlo o acusar falsamente a determinado sujeto o sujetos, o a exculpar a otros". Y eso es precisamente lo que hace, analizando en detalle su primer testimonio y la posterior retractación, de cuya comparación extrae "que la verdad radica en su primera declaración, porque ésta corresponde a las circunstancias de modo, tiempo y lugar del delito, que acredita todo el material probatorio del sumario, y porque las manifestaciones de última hora dadas por Parada Garavito se resienten de una fuerte sospecha de parcialidad y connivencia con las personas a quienes trató de favorecer, con su nueva versión". Luego hace lo propio con Adriana Rojas, "por las mismas razones que dio en relación con el partícipe José Alirio Parada Garavito".

7. Así las cosas, no sólo por las falencias anotadas en un comienzo sino también por no encontrar fundamento alguno en la realidad procesal, el libelo ha de ser desestimado.

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.

Carlos A. Gaviria Lombana, Secretario.

TESTIMONIO / ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD / INEXISTENCIA

Si de un testimonio en particular se predica que ha sido aducido al proceso mediante coartura, intimidación o amenaza por parte de los funcionarios que conocieron de la investigación y a pesar de ello fue apreciado como prueba determinante de la responsabilidad penal del procesado, es indudable que se trata de un error de derecho por falso juicio de legalidad por cuanto la declaración no fue recibida en forma libre y espontánea sino contra voluntad del deponente. / La prueba así producida es inexistente por carencia de requisitos sustanciales para su validez; vicio que nace y muere con ella y no comunica sus efectos nocivos a la actuación posterior afectando la validez parcial o total del proceso. / Cuando el ataque a la sentencia se circunscribe a un error de apreciación de las pruebas o de los hechos por ella revelados, no cabe duda de que la vía indicada para su comprobación es la indirecta y no la nulidad porque se trata de un error *in judicando* determinante de aplicación de la ley sustancial que permite la remoción de la sentencia, y no de un error *in procedendo* que invalida la actuación retrotrayendo el procedimiento para subsanar el vicio detectado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación número 6877.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 92 (13-10-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el procesado Régulo Prada Cortés la sentencia de 10 de septiembre de 1991 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de esta ciudad condenándolo, junto con cinco personas más, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

Hechos y Actuación Procesal

"Se tiene acreditado en autos -dijo el Tribunal Superior- que a eso de la una de la mañana del 26 de febrero del año en curso (1990), cuatro individuos armados de pistola y cuchillo, con escalamiento penetraron a las bodegas de la compañía 'Cadi Palencia', ubicadas en la carrera 38 número 168-08 de esta ciudad, quienes luego de amordazar al celador, Francisco Javier Ruiz Moreno, sustrajeron gran cantidad de repuestos para vehículos marca Volvo e igualmente una volqueta Chevrolet-Brigadier de placas RE-4699. El automotor en mención fue llevado a la población de Cajicá, donde furtivamente era objeto de desintegración, pero que por fortuna fue observado por un conocedor, quien, ante esa situación, dio aviso inmediato a sus dueños, quienes, a su vez, y con la colaboración de agentes de la autoridad, lograron la recuperación de algunas partes del pesado vehículo y la captura de los protagonistas del hecho".

Los cuatro sujetos que penetraron al interior de la bodega resultaron ser Guido Horsúa González, Ricardo Hernández Herrán, Pedro Alfonso Cuesta Casallas y Jesús Antonio Rodríguez Alonso" alias "Chuchín", señalado como el cerebro de la organización.

Régulo Prada Cortés, mecánico de profesión, fue capturado y vinculado al proceso en calidad de sindicado porque Ulderico Valbuena García, su vecino y conocido, manifestó ante la Policía Judicial de Zipaquirá que aquél le había tomado en arrendamiento un garaje de su casa del barrio Portachelo para hacerle unos arreglos a un cabezote de una volqueta marca Brigadier y entre éste y dos ayudantes más desmontaron las piezas del pesado automotor.

Luis Ernesto Villada Castaño, alias "Pata de Palo" o el "Cojo", aparece como la persona que ofreció tres millones de pesos por la volqueta, la recibió en su casa de Cajicá después de hurtada, acompañó a Prada Cortés a Zipaquirá a recibir el motor y otras partes de la misma entregando un cheque por cincuenta mil pesos a Ulderico Valbuena por concepto del arrendamiento del garaje.

El 27 de agosto de 1990 el Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra los mencionados procesados como coautores del delito de hurto calificado y agravado (arts. 349, 350-1ª y 4ª y 351-4ª, 6ª, 9ª y 10 del Código Penal); pronunciamiento confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el suyo de cuatro de diciembre del citado año.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá puso fin a la instancia condenando a los acusados a la pena principal de 57 meses, 10 días de prisión, cada uno, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados como coautores del delito de hurto calificado y agravado; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación, con la única reforma de rebajar a 52 meses de prisión la pena impuesta a cada uno de los responsables.

Demanda de Casación

El demandante, después de divagar sobre diferentes aspectos relacionados con la responsabilidad penal deducida a su representado, especialmente en lo concerniente a

la declaración rendida por Uldarico Valbuena García, prueba que acapara las mayores críticas y la que en su opinión no debió ser tenida como fundamento de la sentencia impugnada por encontrarse desvirtuada por otros medios de convicción y aparecer afectada de nulidad en razón a que el deponente fue torturado o intimidado por agentes del F-2 de la Policía para que declarara en contra del sindicado Régulo Prada Cortés, termina formulando los siguientes cargos bajo el ámbito de las causales primera y tercera de casación:

Primero. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto proveniente de un falso juicio de identidad del testimonio rendido por Uldarico Valbuena García al ser tergiversado o distorsionado en su verdadero sentido dándosele por los juzgadores de instancia una "sobrevaloración como prueba de cargo" que lo convirtió en el soporte de la condena.

Afirma el libelista que los sentenciadores le atribuyeron a dicho testimonio "efectos probatorios que no se derivan de su contexto, que es tanto como falsear su expresión fáctica. Y por haberle dado un alcance mayor al que realmente le correspondía se llegó a la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto la equivocada interpretación de su contenido en ausencia de la sana crítica judicial produjo una valoración inexacta que condujo a un juicio de responsabilidad penal".

Agrega que el testimonio de cargo convertido en una "isla" del proceso aparece infirmado por cerca de quince declaraciones de personas que lo contradicen y que "La tortura y maltrato físico a que fue sometido el declarante Valbuena García era un hecho consumado desde cuando en la primera oportunidad (f.. 19 del primer cuaderno) en que hace una sindicación directa de Prada Cortés en la ejecución del hecho criminoso, afirmación de participación que jamás fue corroborada en ninguna otra parte del proceso y que por el contrario fue desmentido por todos los participantes del delito sin interés de favorecimiento", y por esa vía se llegó al quebranto de los artículos 247 y 248 del anterior Código de Procedimiento Penal al darse por demostrados, sin estarlo, los presupuestos para dictar sentencia de condena y no haberse tenido en cuenta en favor del procesado el beneficio de la duda *(in dubio pro reo)*.

Segundo. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad porque se tuvo como prueba única y determinante de la responsabilidad del procesado Régulo Prada Cortés la versión testimonial de Uldarico Valbuena García, pese a que como explica el propio deponente en ampliación de declaración rendida ante el funcionario instructor (fl 267 del expediente) fue vencido y amenazado por agentes del F-2 de la Policía en su propia casa "para que dijera qué personas o quién había dejado ese vehículo que yo era responsable de ese carro...".

Manifiesta el actor que la acusación directa y única contra su patrocinado "se hizo por medios violentos mediante el uso de la fuerza, lo que necesariamente se ubica dentro de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), por esta potísima razón ha debido desconocerse por parte del juez instructor, en primer lugar, y después por el juez fallador de primera y segunda instancias, esta prueba testimonial única en contra del acusado, declarando su nulidad, y abriendo la correspondiente investigación penal por el hecho denunciado por el testigo, evento que no se realizó".

Con fundamento en el primer cargo por él relacionado solicita la revocatoria de la sentencia impugnada para sustituirla por una absolución en favor del recurrente Prada Cortés y la nulidad parcial de la misma respecto al segundo cargo formulado.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia recurrida porque ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar, pues el planteado como nulidad parcial de la misma por haberse apreciado como prueba determinante de la responsabilidad del procesado Régulo Prada Cortés la declaración rendida por Uldarico Valbuena García a pesar de que lo fue bajo los efectos de la tortura y la intimidación, a más de encontrarse mal orientado no tuvo eco en el proceso argumentando que si el censor estaba interesado en demostrar que dicho testimonio "fue recepcionado y aportado al proceso con ausencia de las formalidades legales, y que el mismo sirvió como prueba fundamental para que el sentenciador concluyera en la responsabilidad penal del procesado, en lugar de acudir a la causal de casación escogida, debió fundar su censura sobre los parámetros del error de derecho por falso juicio de legalidad, para una vez ello entrar, ahí sí, a demostrar cómo el Juzgador apoyó su decisión en un medio de convicción que no podía tener en cuenta, determinando finalmente las normas medio violadas y las sustanciales indirectamente infringidas demostrando, claro está, que con las pruebas restantes no se sustenta el fallo atacado".

En cuanto al reparo por error de hecho manifiesto respecto a la misma prueba, expresa que no se encuentra demostrado por cuanto el recurrente omitió probar con la claridad y precisión requeridas, en qué consistió la tergiversación o falseamiento que les endilga a los juzgadores de instancia, como tampoco indicó de qué manera pudo incidir dicho yerro en la sentencia recurrida agregando que en desarrollo de la censura se entremezclan conceptos del error de derecho por falso juicio de convicción y se hacen afirmaciones carentes de respaldo probatorio.

Consideraciones de la Corte

No obstante que los reproches a la sentencia impugnada giran en torno a la misma prueba y se fundamentan en argumentaciones contradictorias y excluyentes, toleradas hoy en día a condición de que se planteen en cargos separados y en forma subsidiaria (art. 225 del Decreto 2700 de 1991); la Sala examinará primero el relacionado con la nulidad invocada.

Segundo cargo. Si de un testimonio en particular se predica que ha sido aducido al proceso mediante tortura, intimidación o amenaza por parte de los funcionarios que conocieron de la investigación y a pesar de ello fue apreciado como prueba determinante de la responsabilidad penal del procesado, es indudable que se trata de un error de derecho por falso juicio de legalidad por cuanto la declaración no fue recibida en forma libre y espontánea sino contra voluntad del deponente.

La prueba así producida es inexistente por carencia de requisitos sustanciales para su validez; vicio que nace y muere con ella y no comunica sus efectos nocivos a la actuación posterior afectando la validez parcial o total del proceso.

Cuando el ataque a la sentencia se circunscribe a un error de apreciación de las pruebas o de los hechos por ellas revelados, no cabe duda de que la vía indicada para su comprobación es la indirecta y no la nulidad porque se trata de un error *in judicando* determinante de aplicación indebida o de falta de aplicación de la ley sustancial que permite la remoción de la sentencia, y no de un error *in procedendo* que invalida la actuación retrotrayendo el procedimiento para subsanar el vicio detectado.

Con sobrada razón anota la Procuraduría Delegada que el demandante equivocó la vía de la impugnación dando al traste con su pretensión anulatoria, a más de que no indicó a partir de qué momento se produjo el fenómeno invalidante ni qué parte del proceso resultó afectada.

Las torturas y amenazas atribuidas a los agentes del F-2 de la Policía con el propósito de que Ulderico declarara en contra del procesado Régulo Prada Cortés no tuvieron real comprobación, como lo sostuvo el Tribunal Superior en respuesta a la misma inquietud de la defensa porque el testigo en ningún momento varió el relato sustancial de los acontecimientos que le constaban personalmente, sino que, por el contrario, le reprodujo íntegramente en presencia del funcionario instructor, de manera voluntaria y sin ningún apremio o coacción.

Es más. El deponente se limitó a manifestar ante la Policía Judicial de Zipaquirá y el Juzgado de Instrucción Criminal (fls. 19 y 262 del expediente) que Régulo Prada Cortés, su vecino y amigo, le solicitó en arrendamiento el garaje de su casa para guardar una volqueta Brigadier mientras le hacía varias reparaciones y ajustes mecánicos recibiendo por dicho concepto la suma de cincuenta mil pesos representada en un cheque entregado por el "Cojo" Ernesto Villada, hecho éste que el propio sindicado Prada Cortés acepta expresamente al momento de rendir indagatoria, como puede verse a folio 31 del expediente.

De manera que el declarante no le endilgó al procesado recurrente ningún cargo que éste rechazara, sino que se anticipó a dar cuenta a la justicia de un hecho corroborado por aquél.

No prospera el cargo formulado.

Primer cargo. Es evidente, como anota la Procuraduría Delegada, que el impugnante no precisó o concretó de qué manera el mencionado testimonio pudo haber sido tergiversado o falseado en su verdadero contenido o sentido para hacerlo producir efectos probatorios contrarios a la realidad procesal, vacío que la Corte no puede llenar impidiéndole conocer la naturaleza y alcance de la impugnación.

También lo es que la fundamentación del reparo sobre la base de habérsele asignado a dicho testimonio un alcance mayor al que realmente le corresponde resulta equivocada tratándose de un error de hecho por falso juicio de identidad de la prueba, y es a todas luces impertinente tal argumentación respecto a medios de persuasión no tarifados sino sujetos a la apreciación racional del juzgador.

El Tribunal Superior dedujo responsabilidad penal al procesado Régulo Prada Cortés porque en asocio con el sujeto Luis Ernesto Villada Castaño alias "Pata de Palo" o el "Cojo" y en forma mancomunada con él se dedicaron a la tarea de "ocultamiento y desintegración del automotor objeto material del delito" y su alegada ignorancia sobre

la procedencia ilícita del mismo "no merece credibilidad alguna, según lo pretende el defensor, pues aquellas circunstancias demostradas en el proceso sobre el trabajo por él ejecutado revelan hechos que la lógica impide tener por irrelevantes, y resulta imperioso atenerse a ella cuando se está frente a la valoración de la conducta humana: circunstancias que evidencian el propósito colectivo de éste y los demás procesados en el plan criminal ejecutado atendiendo una clara división del trabajo, necesaria en la obtención del objeto común".

A esta manera de valorar los hechos indiciarios resultantes de las pruebas aducidas opone el censor su personal y subjetiva apreciación testimonial o indiciaria sin demostrar el yerro probatorio denunciado ni su incidencia incontrastable en las conclusiones de la sentencia acusada girando toda su argumentación en torno a la manifestación de habérsele dado a la declaración de Uldarico Valbuena un valor que no tiene, dejando de señalar cuál debió asignársele.

Sus manifestaciones en el sentido de no encontrarse acreditados los presupuestos para proferir sentencia de condena y no haberse reconocido el beneficio de la duda en favor del procesado recurrente no pasan de ser simples especulaciones sin ningún asidero probatorio.

No prospera la impugnación.

Decisión

En virtud 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 Régulo Prada Cortés, de origen, fecha 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, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION CIVIL / RESTITUCION / *REFORMATIO IN PEJUS*

La obligación civil, consecuencia del delito que a la vez le sirve de fuente al tenor del artículo 1491 del C. C. no constituye pena y es ésa la razón para que pueda perseguirse dentro o fuera del proceso penal en este último evento, con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el aumento que su cuantía pueda soportar en la segunda instancia, aun siendo única parte apelante la acusada, está por fuera de la prohibición de reforma en perjuicio del artículo 31 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8076. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 92.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Vistos

Previo el rito correspondiente, conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 10 de abril de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que, con modificación de la de primera instancia respecto de la indemnización de perjuicios, se condena a Wenceslao Sabogal Mora a doce meses de prisión, como coautor responsable del delito de fraude procesal.

En el mismo fallo se condena a María Aurora Gómez de Sabogal por el mismo hecho punible, y aunque la defensa de ambos procesados recurrió en casación, sólo la demanda a nombre del primero se presentó oportunamente, por lo que respecto de la segunda la impugnación hubo de declararse desierta.

Hechos y Actuación Procesal

La sentencia de segundo grado resume los hechos que fueron materia de la investigación como sigue: "Fueron denunciados por el abogado Jorge Humberto Muñoz Castelblanco, por poder recibido de Francisco José Bernal. En efecto, refiere el denunciante que por el año de 1981 los denunciados Wenceslao Sabogal Mora y María

Aurora Gómez de Sabogal tomaron posesión de un lote de terreno ubicado en la carrera 16 Bis número 17-47 sur de la ciudad, propiedad de su mandante por haberlo heredado de su progenitora Narcisa Bernal de Marín en el año de 1971. Que los mencionados iniciaron un proceso de pertenencia ante el Juzgado Veinte Civil del Circuito, obteniendo sentencia favorable que les reconocía el dominio pleno y absoluto sobre el bien, con base en la aportación de los testimonios falsos de Pedro José Manrique Arenas, Juan Isidro Castillo y Pablo Emilio Sáiz Herrera, quienes aseveraron que la posesión ejercida por los denunciantes databa de más de veinte (20) años. Anota que el fallo fue confirmado por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 10 de mayo de 1986. Estima al quejoso que los hechos relatados en precedencia son constitutivos de los delitos de fraude procesal, falso testimonio y soborno" (fl. 104 cd. Tr.).

Luego de la práctica de abundantes diligencias previas, el Juzgado 51 de Instrucción Criminal de Bogotá inició proceso penal, vinculó a los esposos Sabogal Gómez mediante indagatoria, y llegado el momento de calificar el mérito sumarial, ordenó la cesación de procedimiento en favor de ambos en proveído que la parte civil apeló y que el Tribunal Superior del Distrito revocó, para en su lugar proferir el 26 de noviembre de 1990 -con ejecutoria de enero de 1991- resolución acusatoria por fraude procesal también contra ambos, a la vez que declaró procedente la acción penal por el presunto delito de soborno y dispuso la expedición de copias para que se investigase el posible delito de falso testimonio de los declarantes en cuyo dicho se basó la sentencia civil de pertenencia del lote antes referido (fls. 1 y ss., 157, 173 y ss., 179 y ss., 301, 346 cd. ppl. 1, 55-68 cd. Tr.)

Tramitada la causa en primera instancia fueron condenados a la pena principal de 12 meses de prisión y a la accesoria correspondiente y se les impuso la obligación indemnizatoria *per capita* de seiscientos cincuenta mil pesos, cuyo monto fue incrementado por el Tribunal a la solidaria de dos millones quinientos mil pesos, sin que la sanción sufriera modificación, en el fallo que ha sido recurrido en casación (fls. 522 y ss., 613, 632 cd. ppl. 2; 104 y ss., cd. Tr.), y se ordenó restablecer el derecho de propiedad del lote en los herederos de la propietaria inscrita.

La Demanda

Al amparo de la causal 1ª del artículo 220 del C. de P. P. el defensor del procesado Sabogal Mora formuló reparos, considerando que la sentencia viola indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 182 del C. P. y de los 247, 253 y 295 del C. P. P. anteriores, "como consecuencia de evidentes y manifiestos errores de hecho cometidos en la valoración de determinados medios de prueba".

Al fundamentarlos afirma:

a) El Tribunal realizó un "juicio inexacto y apreció erróneamente" la solicitud de permiso formulada por el acusado en conjunto con Domingo Tinjacá a la Alcaldía Menor Antonio Nariño en julio de 1978 para cercar el lote objeto del litigio civil aduciendo que desde 15 años atrás desconocían quién era su dueño, pues la Corporación en su fallo y el Juzgado en el suyo confundieron los conceptos de propiedad con posesión y posesión con dominio y arribaron a la falsa conclusión de que el permiso se solicitaba porque el acusado no tenía la posesión "o no era dueño", y comenta al respecto que lógicamente

no era dueño porque aún no se había operado la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, pero que sí era poseedor, y que al ocurrir la confusión anotada concluyó que la posesión no existía para el día de la solicitud, cayendo así en "un error protuberante manifiesto" del cual derivó la inferencia para condenar.

Añade que la reflexión del *ad quem* de que si el solicitante del permiso era poseedor del lote no resultaba lógico que estuviese pidiendo permiso para cercarlo, es errada porque para construir es indispensable el permiso de las autoridades del Distrito, o de Planeación, o de las alcaldías, independientemente de la calidad de poseedor o de dueño inscrito, "pues nadie puede edificar sin el permiso respectivo". Añade que "las fallas en la apreciación de este documento insidieron (sic) notablemente en la sentencia, pudiéndose afirmar que le sirvieron de soporte principal";

b) El Tribunal desconoció los testimonios de Betulia Morales, Eulalia Barros, Jaime Ochoa, Alejandro Angel, Rubén Méndez, Cecilio León, Jesús María León y Luis Alfonso Angel y también los que se allegaron como prueba trasladada "para dar credibilidad -dice- a unos cuantos vecinos y a dos testigos perjuros y confesos"; y "sin razón" dio validez a los testimonios últimos de éstos, Pablo Emilio Saiz y Juan Isidro Castillo, al retractarse de la versión que habían rendido ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá "en forma ilógica" declarando ante Notario "de su falso testimonio", lo que en su opinión ocurrió dentro del proceso penal y no en el de pertenencia, en el cual "dijeron la verdad".

Al razonar así, el Tribunal violó los artículos 253 y 295 del C. de P. P., que le imponían apreciar las pruebas en su conjunto y le daban las pautas para evaluar los testimonios;

c) El Tribunal "analizó erradamente el dictamen de los peritos" cuando concluyó que "las fotografías aéreas y el dictamen indican la falta de posesión en el año 61, olvidando que el proceso se basó no solamente en las construcciones visibles fotográficamente, sino a cuidado, cultivos, limpieza, etc., nivelaciones como consta en la demanda". El error es protuberante en los fallos de las instancias;

d) Volviendo sobre la solicitud de permiso para cercar el lote a que se refirió en el reproche del literal a) afirma que el Tribunal la desconoció en parte de su contenido, lo referente a que en el lote se había construido anteriormente un muro por los vecinos, lo que interpreta atribuyéndoselo a los solicitantes Sabogal y Tinjacá, muro que "se destruyó por el tiempo". Violó así la Corporación el artículo 284 del C. de P. P.

Anota finalmente que "los errores anotados anteriormente son manifiestos, protuberantes, saltan a la vista y sirvieron de premisas a la sentencia condenatoria, dando por sentada una supuesta responsabilidad penal, y como consecuencia, se condenó" a los procesados "sin la plena prueba necesaria de que trata el artículo 247 del Estatuto Procesal Penal anterior", norma violada por los sentenciadores de las instancias.

Subsidiariamente y al amparo de la causal 1ª en su primer aparte, propone dos censuras, con el cometido de que se case parcialmente la sentencia en el sentido de que se invalide "la modificación al numeral tercero" de la primera instancia. Así razona el profesional:

a) El Tribunal violó el artículo 31 de la Constitución Nacional al agravar "la condena pecuniaria a los condenados" incrementando su monto de setecientos cincuenta mil pesos por cabeza, a dos millones quinientos mil pesos solidarios, siendo ellos los únicos

apelantes, tomándose así el fallador "la personería de un sujeto procesal actuante y debidamente representado", como lo es en este caso la parte civil, que no impugnó la sentencia. Transgredió con la mentada decisión también el artículo 227 del C. de P. P.;

b) Transgredió las mismas disposiciones anteriormente mencionadas "al ordenar la restitución de un derecho de propiedad que no existe, y que nunca ha existido en cabeza del presunto heredero", pues "hace más gravosa la condena".

El Alegato Apreciatorio de la Parte Civil y el Concepto del Ministerio Público

El señor representante de la parte civil se opone a la casación impetrada arguyendo la falta de fundamento de los cargos de la demanda. Destaca en primer término la actitud desleal del profesional del derecho que representó a los procesados en el juicio civil de pertenencia y la mendacidad de los testigos de que se valieron para lograr el fallo a favor de aquéllos. Al respecto destaca cómo tales deponentes afirmaron que la posesión de los demandantes en el lote databa de 1960, cuando según prueba documental obrante (escritura pública), éstos apenas llegaron a vivir a la casa vecina del lote en el año de 1961, cuando por compra la recibieron de quien se la vendió. En segundo lugar, dice sorprenderse del ataque que el señor defensor lanza a la sentencia en relación con la solicitud de permiso de cercamiento del lote, pues es evidente la falacia de los testigos que declararon que la posesión de los esposos Sabogal databa de 1960 y además resulta incomprensible que se venía ejerciendo actos de señor y dueño desde antes de la solicitud -que se presentó en 1978- suscribiera tal documento en compañía de su vecino Domingo Tinjacá; de otro lado, la ausencia del ejercicio de los actos posesorios quedó patente en las fotografías aéreas del Instituto Agustín Codazzi que cubrían el área en donde estaba el predio en litis por el período de 1960 a 1977 y por ello el dictamen pericial sobre la época de las mejoras aducidas para reafirmar la antigua posesión alegada, según el cual ellas fueron posteriores a 1978, se ajustaba a la realidad, sin olvidarse que los impuestos del lote fueron pagados por los Sabogal apenas en 1982, confirmándose así la no antigüedad posesoria que adujeron para lograr el fallo civil favorable.

Añade que ni aun aceptando hipotéticamente la alegada posesión de más de 20 años, relatada al Juez Civil por los demandantes y sus testigos ella hubiera podido declararse en su favor, porque este término sufrió una interrupción cuando en 1978 fue cercado por una tercera persona, Luis Dionisio Torres, siendo ese cerramiento derrumbado a la fuerza por los Sabogal, lo que dio origen a un proceso penal por daño en bien ajeno, y en estas condiciones la posesión de los primeros perdió temporalmente vigencia a la vez que la inveracidad de los testigos en el juicio de pertenencia cobró realce.

Luego de analizar las razones por las cuales el testigo Pedro José Manrique no podía ser creído en su relato de posesión no interrumpida de los esposos Sabogal, y los declarantes Domingo Tinjacá, Carlina Ramírez, Lolalia Barrios, Pedro Antonio Aparicio, Betulia Morales, Jaime Ochoa y Bernardo Verano sí podían y debían ser atendidos en sus dichos, concluye que los procesados sólo entraron en posesión del predio en 1979 -escasos años antes de demandar la posesión alegando 20 años de ella en forma no interrumpida. A continuación se ocupa de explicar las causas que motivaron a los falsos declarantes Pedro José Manrique, Juan Isidro Castillo y Pablo Emilio Saiz y considera que la conducta ilícita del primero debe investigarse.

Agrega que en el proceso civil la demanda fue formulada contra personas indeterminadas y no contra los herederos de la propietaria inscrita del predio, ocultándole así el apoderado al Juez el fallecimiento de ésta y logrando con esta maniobra el enrutamiento del proceso hasta la sentencia que persegue. Concluye, con base en las consideraciones precedentes, que el Tribunal sí valoró en debida forma todos los elementos de juicio conducentes y que entonces no puede afirmarse que "ignoró el valor que la ley asigna a las pruebas documentales y testimoniales" y así desvirtuó las afirmaciones de los testigos Alejandro y Alfonso Angel, Rubén Méndez, Cecilio León, Danilo González y Jesús León Subogal.

En relación con el cargo subsidiario, el señor apoderado de la parte civil considera que el Tribunal no agravó la pena a los sentenciados sino que incrementó la cuantía de la indemnización y que este aumento no está prohibido por el artículo 31 de la Constitución Nacional. Estima sin solidez el reclamo, y para reforzar su oposición advierte que el interés para recurrir en lo relativo a perjuicios tiene como cuantía legalmente establecida "la que sea o exceda de diez millones de pesos, que en este caso no alcanza a darse, y considera improcedente el recurso en este aspecto.

Respecto de la orden de restablecimiento del derecho de propiedad en cabeza de los herederos de Narcisa Bernal de Marín con la que se adicionó el fallo de primer grado por el Tribunal y que el demandante considera agravación de la pena también, de conformidad con sus planteamientos, el señor apoderado de la parte civil afirma que no mencionó las normas que estima violadas en forma directa siendo ello indispensable, y encuentra que lo que busca el actor es el quebrantamiento de los artículos 52 y 55 del C. de P. P., que son preceptos consagrados para tutelar la propiedad privada también protegida por el ordenamiento constitucional. Estima que los procesados propenden a que se patrocine un nuevo fraude procesal, pues cuando se les dictó resolución acusatoria celebraron mediante escritura pública la venta del predio en litis a María Ofelia Ossa "a fin de evitar a toda costa la cancelación de aquel título que habían obtenido engañando a la administración de justicia", y para corroborar este aserto adjunta copia de la mentada escritura.

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con juiciosas y pertinentes razones, también se muestra en desacuerdo con la pretensión del casacionista y sugiere la desestimación de los cargos de la demanda.

Advierte que la muy generalizada afirmación de que el fallador incurrió en errores de hecho en el análisis de diversas pruebas "nada precisa en torno a la definición y concreción (sic) del ataque propuesto, ya que evidentemente una semejante proposición hace incierto determinar específicamente cuál es el sentido a que obedece el yerro" que se pregona en cada caso y enfatiza la necesidad de que se precisen los cargos de manera que el discurso adquiera claridad sobre la modalidad y el origen de cada yerro, y que se extienda a todos los elementos de juicio que sustentan la sentencia cuestionada.

En detallado estudio y con contundentes apreciaciones, que la Sala acoge en su integridad y a las cuales se hará posteriormente alusión, una a una desecha las censuras para sostener la incolumidad de la sentencia del Tribunal.

Consideraciones de la Corte

Sin lugar a dudas, como lo enseña el escrito de demanda, la presentación del cargo mediante el cual se ataca por violación indirecta la sentencia, y ya específicamente la fundamentación de cada uno de los reproches carecen de claridad y de precisión a la luz de las mínimas exigencias técnicas del recurso frente al error de hecho en materia de casación. En algunos casos el actor no indica la modalidad, dentro de la clase de error que acuse, del que pudo cometer el fallador de instancia en la evaluación de los medios de prueba sobre los que recaen sus glosas, sino que se limita a afirmar que efectuó un "juicio inexacto y apreció erróneamente" determinada prueba; que confirió credibilidad "sin razón a otros"; que "analizó erradamente" otro, mientras que en los demás describe posibles falsos juicios de existencia al aseverar que desconoció unos testimonios y parcialmente el contenido de un documento, pero siempre procurando imponer su criterio personal sobre el del Tribunal respecto de la interpretación de los elementos de juicio, cual si se tratase más de convencer que de probar los errores tendientes a derruir la sentencia.

Asiste pues la razón al señor Procurador cuando ante la ausencia de precisión de los errores de hecho que genéricamente plantea el demandante, considera que "este desacierto en la proposición de la censura impide orientar el derrotero jurídico a partir del cual sería entonces exigible el consecuencial y necesario desarrollo del reproche, dando al traste con la pretensión que subyace en su propuesta" y cuando aclara que "En este aspecto es insuficiente afirmar, como desde antiguo lo ha reiterado la Corte, que las conclusiones del Juez de cara al examen de una prueba en particular son erráticas, sin que una afirmación de tal naturaleza no conlleve simultáneamente su clara demostración, es decir, sin que se evidencie el errado juicio en que se ha incurrido al analizar el contenido de la prueba, porque fue distorsionado su alcance, no fue estimada o se dieron por establecidos hechos con ausencia del medio de convicción pertinente".

Así mismo, acierta al destacar en la censura del literal a) de la demanda ese vacío sobre el error de apreciación del documento contentivo de la solicitud de permiso para cercar el lote que en conjunto con Domingo Tinjacá presentó el procesado ante una Alcaldía Menor en julio de 1978, pues que a la verdad, de la afirmación general de que el Tribunal incurrió en fallas de evaluación de esa prueba, no le es dado a la Corte establecer el tipo de error cuya enmienda se le depreca en este recurso.

Más bien, lo que sí resulta de bulto es el muy explicable interés del profesional recurrente, de anteponer su juicio apreciativo al del fallador mediante consideraciones sobre el alcance y significación de conceptos civiles como propiedad, posesión y dominio para ver de desvirtuar la falacia de su patrocinado sobre su calidad de poseedor sin interrupción del predio tantas veces mencionado, calidad ésta que pretendió reforzar con el dicho documento, que sobre el particular nada probaba, como atinadamente lo dijo el fallador de las instancias.

Es que ni siquiera interpretando la censura como un posible error por falso juicio de identidad en la asunción del contenido del susodicho documento, como bien lo recalca el Ministerio Público, podría conferírsele la razón al profesional, porque "las deducciones del fallador en torno al estudio del documento en mención resultan plenamente valederas

y su estimativa acertada. Si como con obstinación han pretendido los procesados, se reconozca que la posesión del lote objeto de la usurpación databa de 1960, es correcto considerar que una tal pretensión no se compadecía con lo inusitado de la petición dirigida a la Alcaldía, en la medida en que su contenido lleva implícito el reconocimiento de que el inmueble ha permanecido abandonado, desconociéndose quién es su dueño. Es decir, que manifiestamente contradice su contexto, la pretensión posterior de adquirir por vía extraordinaria la propiedad del inmueble, que se expresara al incoar la demanda que dio origen al juicio de pertenencia adelantado ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, al sostener:

"A la prescripción extraordinaria como modo de adquirir la propiedad sirve de presupuesto la posesión y por lo tanto en vía de pretender la usucapión de un bien resulta indispensable la consolidación de los elementos componentes de esta noción jurídica, es decir, el *corpus* (elemento material) y el *animus* (elemento subjetivo). Descartase la presencia de uno y otro en cabeza de quien, como Sabogal Mora, sostiene que el bien ha servido de botadero de basuras y expresa ignorar quién es el dueño, en la medida en que semejantes expresiones descubren una aceptación de dominio ajeno y en modo alguno la relación de hecho que sería exigible entre la cosa y su detentador, como tampoco la intención de ejercer un derecho de dominio sobre ella".

El cargo no prospera.

En íntima relación con la censura acabada de analizar aparece la del literal d) de la demanda, consistente en que el Tribunal habría dejado de apreciar parcialmente el contenido del documento de solicitud de permiso para el cercamiento del lote del acusado y su vecino Tunjacá porque ignoró que allí se refería a la construcción antigua de un muro por los vecinos y no dio por sentado con ese aserto que quienes lo habían construido eran los signatarios de tal documento.

Pues bien, el casacionista aspira con este reproche simplemente a que se acoja su interpretación del texto recortado que glosa, de preferencia a la del Tribunal, que en sana crítica debía -como lo hizo- escudriñar el verdadero significado global del documento para desentrañar la posición que para la fecha en que fue presentado tenía el procesado frente al bien inmueble que en fraudulento juicio de pertenencia se hizo asignar.

No es, por tanto, un cargo atendible, pues la objeción que lo configura desborda todos los motivos de casación y pugna, contra derecho, por el desconocimiento del principio de la sana crítica que asiste al juez y no puede desconocer la Corte, si no media la presencia de reales errores de hecho que afecten la decisión del Tribunal.

Por el mismo tenor deben desecharse los reproches de los literales b) y c) de la demanda. En ellos, se afana el censor por igual en buscar la prevalencia de su criterio frente al judicial. En efecto:

El aducido falso juicio de existencia por desconocimiento de unos testimonios recibidos en este proceso y unas pruebas trasladadas sólo cobra trascendencia para el actor en la media en que el Tribunal prefirió sobre ellos "en forma ilógica" -dice- con categoría de creíbles, los de unos vecinos y los dos testigos "perjuros y confesos" -según los califica- de Pablo Emilio Sáiz y Juan Isidro Castillo, que fueron los deponentes

ante el Juzgado Civil para el juicio de pertenencia y posteriormente descubrieron su falsedad para dar así vía a este proceso penal.

Aquí nuevamente se yergue la pretensión de imponer su óptica apreciativa sobre la del fallador con una razón más, y de contera sofística: que el falso testimonio le rindieron los señores Saiz y Castillo, no en el proceso civil, sino en el penal cuando se retractaron del dicho en éste. El planteamiento sugiere un reexamen de la prueba, un nuevo debate, y desde luego, la aceptación de su criterio. No es un cargo serio ni sólido, menos aún cuando sin ninguna aclaración que explique el aserto de que el Tribunal desconoció los testimonios de Betulia Morales, Eulalia Barros y Jaime Ochoa, la sentencia de segunda instancia recoge -entre los muchos testimonios del mismo tenor que acepta- los mencionados, como dignos de credibilidad (fl. 111 cd. Tr.) para rechazar la alegada ininterrumpida posesión por más de veinte años de los esposos Sabogal. No sin razón la parte civil en su alegato apreciatorio y el Ministerio Público develan el tinglado de la mendacidad sobre el que se estructuró la demanda civil con el resultado conocido.

"Obsérvese -dice el Procurador- cómo si bien es cierto que dentro del proceso penal coexisten versiones que se contraponen en sus aseveraciones, en cuanto a la antigüedad de la posesión que los procesados dicen tener sobre el bien inmueble, razonadamente y en ello acorde con los demás elementos de convicción que reposan en el expediente, el Tribunal descartó sus atestaciones por carecer de veracidad, hecho éste que motivó que en el calificatorio de segunda instancia se ordenara la compulsación de copias para la investigación de un posible delito de falso testimonio en contra de Pedro José Manrique Arenas, Alejandro Angel Cuervo, Rubén Méndez Ríos, Cecilio León Sabogal, Jesús María León Sabogal y Luis Alfonso Angel Cuervo (fl. 67 cd. Tr.)".

En cuanto tiene que ver con el reclamo del literal c) según el cual el Tribunal habría analizado "erradamente el dictamen de los peritos al concluir con base en las fotografías aéreas de la zona del predio en litis y el dictamen pericial la no posesión alegada desde el año de 1961 por los esposos Sabogal sin considerar que el juicio civil no solamente se basó en tales fotografías sino en hecho tales como cuido, cultivos, limpieza y nivelaciones, como se dijo en antelación, la pretensión del actor busca imponer nuevamente su criterio sobre el del fallador. No precisa el error de evaluación, simplemente especula sugiriendo como aceptable su propio enfoque.

Sobre el tema se destaca -por abundar- el papel que en el cúmulo probatorio desempeñó la experticia de la que se pregona errada evaluación según lo destaca el Ministerio Público "Cumpliendo satisfactoriamente con su objeto, tal prueba permitió establecer que las mejoras de construcción ejecutadas sobre el inmueble no existían con precedencia al año de 1977, conclusión ésta coadyuvada por las fotografías aéreas que en tales fechas tomara el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, obrantes igualmente en el plenario", descartándose con dicha prueba "la infructuosa afirmación que contrariamente a sus resultados han defendido los procesados, así como también el conjunto de deponentes que con idéntico propósito declararon en este proceso".

En definitiva, ninguna de las objeciones que conforman el cargo amparado en la segunda parte de la causal 1ª de casación está llamada a prosperar.

Así mismo, sin éxito habrá de resolverse respecto al cargo por violación directa de los artículos 31 de la Carta y 227 del C. de P. P. en la modalidad de errada interpretación.

Sostiene el actor que el Tribunal agravó la pena impuesta al procesado por el Juez de primera instancia al incrementar el monto de la obligación civil indemnizatoria, la cual califica, pero es el caso que esta obligación, consecuencia del delito que a su vez le sirve de fuente al tenor del artículo 1491 del C. C., no constituye pena y es ésa la razón para que pueda perseguirse dentro o fuera del proceso penal en este último evento, con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el aumento que su cuantía pueda soportar en la segunda instancia, aún siendo única parte apelante la acusada, está por fuera de la prohibición de reforma en perjuicio del artículo 31 de la Carta. Acierta pues en su alegato apreciatorio la representación de la parte civil y una vez más el Ministerio Público al propender ambos con idéntica retlexión a la desestimación del cargo en este aspecto.

En lo que el apoderado de la parte civil no tiene razón es en aducir la falta de interés para recurrir por ser la cuantía inferior a la que en materia civil se prevé para hacerlo, pues el demandante asume como sanción la obligación indemnizatoria. "El principio de la *no reformatio in peyus* (sic) va más allá de la simple pena corporal, y en él se estima que no es justo para el procesado, por hacer uso de un recurso, agravarle la pena, así se trate de la pecuniaria" -dice al ft. 145 del C.-, esto es, se aparta de la posibilidad de impugnar con base en el artículo 221 del C. P. P., relativo a la indemnización de perjuicios como consecuencia civil del delito, y en tal virtud, la cuantía carece de trascendencia, aunque obviamente se interprete en forma errónea.

Tampoco el recurrente argumenta adecuadamente en el cargo que por violación directa de los mismos preceptos citados -31 C. N. y 227 C. P. P.- lanza a la sentencia en el que considera se agravó la sanción de su cliente al ordenar el Tribunal la restitución de la propiedad del lote en litis a los herederos de la propietaria inscrita, porque la restitución no es una pena, sino el cumplimiento de un mandato legal contenido en el anterior C. P. P. en su artículo 52, y en el actual, en el 14, como medio de dar cabida a la justicia material restableciendo el derecho afectado y finiquitar los procesos en todos sus posibles aspectos.

Ineficaces todos los reproches al fallo de segundo grado, se decidirá de conformidad

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,

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese 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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EMBARGO / COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / LIBERTAD DEL PROCESADO

1º Es claro que en sede extraordinaria de casación a esta Sala no le es dado tramitar lo concerniente a embargos. 2º El actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), al tratar el tema de la casación, también trae explícitamente la competencia para resolver lo que atañe a las libertades que se pidan en esta sede extraordinaria (art. 231). 3º Cuando la ley dice que la petición de embargo procede "en cualquier momento" (arts. 47 y 52, Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, respectivamente), ha de entenderse que esa intemporalidad atañe a las instancias y no a la sede extraordinaria de casación, en la cual la ley únicamente le permite a la Corte decidir en torno a la libertad del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8369. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado acta número 92.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1993.

Se pronunciará la Sala sobre la solicitud de embargo y secuestro presentada por el apoderado de la parte civil, en este proceso seguido contra Reinaldo Santamaría por el delito de falsedad.

Antecedentes

1. El Juzgado 20 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a Reinaldo Santamaría por el delito de falsedad, en decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad mediante sentencia de 18 de noviembre de 1992, la que a su vez fue objeto del recurso extraordinario de casación por parte del defensor del procesado.

Agotado en esta Corporación el trámite del referido recurso, el suscrito Magistrado Sustanciador registró proyecto de fallo con fecha 12 de agosto último.

2. En escrito que antecede, el apoderado de la parte civil en este asunto solicita el embargo y secuestro de un apartamento que denuncia como de propiedad del procesado (fl. 72).

Se Considera

Es claro que en sede extraordinaria de casación a esta Sala no le es dado tramitar lo concerniente a embargos. Así lo sostuvo la Corporación en auto de 28 de agosto de 1985:

"De otra parte, y es lo fundamental, la Sala sólo tiene competencia en el trámite del recurso extraordinario de casación para resolver lo atinente a la libertad del procesado, según el mandato del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal. En relación con otras cuestiones incidentales carece de facultad para decidirlas. Además, es preciso destacar, la parte civil no es recurrente en este caso y su intervención se cine a lo descrito en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, es decir, a formular alegato para oponerse a la demanda presentada por los demás interesados, acusado o Ministerio Público (M. P.: Dr. Hernando Baquero Borda).

Ese asunto, que se hizo en vigencia del Decreto 409 de 1971, debe hoy reiterarse, pues la normatividad pertinente no ha cambiado al respecto, incluso el actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), al tratar el tema de la casación, también trae explícitamente la competencia para resolver lo que atañe a las libertades que se pidan en esta sede extraordinaria (art. 231).

Ahora bien: cuando la ley dice que la petición de embargo procede "en cualquier momento" (arts. 47 y 52, Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, respectivamente), ha de entenderse que esa intemporalidad atañe a las instancias y no a la sede extraordinaria de casación, en la cual, se repite, la ley únicamente le permite a la Corte decidir en torno a la libertad del procesado. De resto, todas las decisiones que tome habrán de estar vinculadas al mencionado recurso.

La Sala, pues, se abstendrá de resolver sobre la referida petición de embargo y secuestro.

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

RESUELVE:

Abstenerse de decidir sobre la petición de embargo y secuestro presentada por el apoderado de la parte civil 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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

REDENCION DE PENA POR TRABAJO

A partir de la expedición de la Ley 65 de 1993, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final del artículo 98, el instructor "no podrá enseñar más de cuatro horas diarias...", es decir, que con esta disposición se hizo claridad sobre el punto concreto, sin que pueda aceptarse desde su vigencia un tiempo superior al allí establecido como máximo para desempeñarse un recluso como instructor o educador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8836.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 092.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de octubre de 1995.

Vistos

Surtido el trámite propio de la instancia, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado, doctor Aristides Betancur Ciuffetelli, ex Juez Unico Especializado de Manizales, contra la providencia de fecha seis (6) de septiembre del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de la misma ciudad le negó el subrogado de la libertad condicional, por no haber acreditado aún el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, es decir, el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción impuesta en estas diligencias (30 meses de prisión) por la citada colegiatura en sentencia de fecha 14 de abril de 1993, como autor responsable del delito de prevaricato por acción y que fuera confirmada por la Corte en fallo del 17 de junio últimos.

La Providencia Recurrida

En primer término debe destacar la Corte que en providencia de fecha 27 de agosto del corriente año, el Tribunal Superior de Manizales se pronunció adversamente a las pretensiones del acusado en razón a que no existía en el informativo claridad respecto

de las labores realizadas por el doctor Betancur Giuffetelli en la Cárcel de Varones de la misma ciudad y por ello, no se podía determinar la redención de pena que eventualmente le correspondería de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 530 y 531 del Código de Procedimiento Penal.

El director (e) del establecimiento carcelario en oficio número 068 del 31 siguiente, rindió la información pertinente, respecto de la cual el Tribunal realizó las siguientes críticas en su proveído del 6 de septiembre último.

"Con la solicitud de libertad condicional y de redención de pena por trabajo, el acusado presentó certificación expedida por las autoridades carcelarias, según la cual trabajó durante 1.244 horas (fl. 67 cuad. N° 9)".

"Aquí conviene el siguiente comentario: esa certificación fue expedida el 24 de agosto de 1993 y en ella se afirma que durante dicho mes el condenado trabajó 208 horas. Si dividimos 208 (horas certificadas) por 8 (horas de trabajo diarias) tenemos como resultado 26, que vendrían a ser los días trabajados. Nos preguntamos: ¿será posible dar fe de 26 días trabajados en un determinado mes cuando de él apenas han transcurrido 24?".

"La respuesta, por obvia, no necesita ser escrita. Pero es bueno advertir que se requiere mayor seriedad por parte de los encargados de expedir esos certificados, para que no se repitan situaciones de ese género que sólo siembran desconfianza. Son responsabilidades que no se pueden tomar a la ligera, para que el juez pueda fiar en lo que se le certifica y para evitar eventuales contratiempos por inexactitud en la información suministrada".

"No entendemos cómo en la certificación del citado folio 67 se contabilizan 208 y en la información rendida más tarde (fl. 90 *ibidem*) sólo se relacionan 192".

Y agregar: "Siguiendo con el examen, dentro de la información dada en respuesta al oficio de la Secretaría de la Sala, se afirma que el doctor Aristides Betancur trabajó como Monitor o Instructor" y acreditó idoneidad para el efecto con el Acta de Grado de Abogado y que su labor instructora estuvo dirigida "...en su mayoría al personal de internos que estudian, tanto a nivel primaria como secundaria, pues los conocimientos del doctor Aristides se enfocan principalmente en el ramo penal, que tanto le interesa al personal recluso, Dictando sus charlas en días diferentes y a grupos o grados también diferentes. ...".

"De acuerdo con esta información, el doctor Betancur Giuffetelli se desempeñó como instructor y su función estuvo dirigida a 'instruir' a los reclusos sobre temas de derecho penal, para lo cual, entendemos, intelectualmente' lo facultaba el título de abogado que presentó".

"Claro está que, según el informe anexo suscrito por el Defensor del Pueblo Seccional de Manizales- (fl. 93 cuad. N° 9), esa labor instructora unas veces estuvo dirigida a los internos, otras a los estudiantes del Consultorio Jurídico de la Universidad de Manizales".

"De otro lado, la precaria nota suscrita por el Comandante de Vigilancia, cuya copia aparece a folio 92 del citado cuaderno, indica que el doctor Betancur Giuffetelli contaba con permiso para 'trabajar como Monitor'".

"Pues bien: Para regular el trabajo y estudio en las cárceles del país, la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia expidió la circular número 0129 de noviembre de 1992, que concluye con estas palabras: '...Para efectos de la certificación por concepto de trabajo, estudio y enseñanza sólo se tendrán en cuenta las disposiciones establecidas en la presente circular, quedando derogadas todas aquellas que le sean contrarias' ".

"Y en la parte final del numeral 6 de la misma, se lee: '...El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias...' ".

"Sin que sea necesario detenernos a examinar otros aspectos de ese ordenamiento (tales como los requisitos de que trata el numeral 7 [7.1, 7.2 y 7.3], o lo que dispone el numeral 8, en el sentido de que debe tenerse en cuenta el Decreto 428 de 1986, emanado del Ministerio de Educación Nacional, sobre la educación para adultos, que si es básica primaria debe versar sobre Ciencias Naturales, Ciencias Sociales, Español y Literatura, Matemáticas), encontramos claro que siendo instructor a la función del doctor Arístides dentro del establecimiento carcelario no se le podrían contabilizar, para efectos de redención de pena, más de cuatro horas diarias. Ahora: una cosa es ejercer la función instructora dirigida a los reclusos que la requieren y otra bien distinta es la colaboración prestada a estudiantes de un Consultorio Jurídico".

"Quizá por esto, porque se consideró que la labor de dar conferencias a los reclusos sobre temas de derecho penal y colaborar con el Consultorio Jurídico de la Universidad de Manizales, constituyendo trabajo, no daba lugar a tomar como patrón divisor el número 4 para determinar el número de días trabajados, se tomó como tal el número 8 al expedir la certificación que obra a folio 67 del cuaderno últimamente citado (número 9)".

"Y es que si al instructor no se le pueden contabilizar más de cuatro horas diarias, según la circular en comento, aun cuando en las planillas aparezcan 8 horas diarias laboradas, no es posible tomar esta cifra como punto de partida para hacer los cómputos de redención contemplados en el artículo 531 del C. de P. Penal".

Y agrega el Tribunal: "De todas maneras, aquí el asunto ha de ser resuelto por uno de estos dos caminos que conducen a la misma conclusión: se toman solamente cuatro horas diarias (de las 8 certificadas), o se toman las 8 horas diarias pero los cómputos no se hacen con base en lo dispuesto en el artículo 531 del C. de P. Penal, sino con fundamento en lo que ordena el 530 *ibidem*, que nos parece más ajustada a la real situación que se presenta".

Luego de realizar las operaciones pertinentes bajo las anteriores consideraciones, el Tribunal llega a la conclusión de que el peticionario sólo ha redimido de la pena impuesta en las instancias, diecisiete (17) meses y trece (13) días, inferiores a las dos terceras partes, que equivalen a veinte (20) meses de prisión y por ello, declaró la improcedencia del subrogado reclamado.

El procesado interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la providencia antes mencionada, siéndole denegado el primero en auto de fecha 23 de septiembre último y concedido el segundo para ante esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

Tres aspectos bien diferentes se presentan con relación a la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, para que los reclusos puedan tener derecho, respecto de las labores por ellos realizadas en los establecimientos carcelarios, de acuerdo con la legislación que rige la materia:

a) Bajo el imperio de la Ley 32 de 1971 y el Decreto Reglamentario 2119 de 1977, la población reclusa tenía derecho a redimir un (1) día de pena por cada tres (3) de trabajo o estudio, contabilizados éstos aun en días diferentes, pero sin exceder en cada uno de ellos de ocho (8) horas diarias por trabajo y seis (6) por estudio;

b) Entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) y por aplicación del principio de favorabilidad, las disposiciones contenidas en los artículos 530 y ss. del citado estatuto, debían ser aplicadas en todos los casos, pues al recluso le bastaba con trabajar o estudiar durante ocho (8) horas diarias, durante dos (2) días, para tener derecho a uno (1) de redención de pena.

Solamente el recluso que se desempeñara como "instructor" tenía derecho a idéntico descuento, con tan sólo cuatro (4) horas diarias de actividad, siempre que acreditara ante las directivas carcelarias las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador;

c) A partir de la vigencia de la Ley 65 de 1993 (Nuevo Código Penitenciario y Carcelario), quienes se dediquen al estudio seis (6) horas diarias, así sea en días diferentes, tendrán derecho a redimir, por dos (2) días en dicha actividad, uno (1) de pena. En consecuencia, no podrán los Directores de los establecimientos de reclusión, certificar a los detenidos ni a los jueces reconocer tiempo superior al establecido en el artículo 97 de la referida ley. No obstante lo anterior, por aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política (favorabilidad), debe puntualizarse que en todos los casos en que un recluso acredite haber estudiado durante ocho (8) horas diarias bajo el régimen anterior, le deben ser consideradas en su totalidad y divididas por seis (6), para establecer los días efectivos que se computarán para la redención de pena que le corresponda.

Es preciso en esta oportunidad reiterar el criterio expuesto por la Sala en providencia de fecha 15 de julio del presente año con relación a la Circular 0129 del 26 de noviembre de 1992 de la Dirección General de Prisiones (Mg. Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia), pues el punto fue objeto de pronunciamiento en la providencia recurrida:

"...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 (art. 42, literales d), f) 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 exceder las, 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."

A partir de la expedición de la Ley 65 de 1993, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final del artículo 98, el instructor "no podrá enseñar más de cuatro horas diarias...", es decir, que con esta disposición se hizo claridad sobre el punto concreto, sin que pueda aceptarse desde su vigencia, un tiempo superior al allí establecido, como máximo para desempeñarse un recluso como instructor o educador.

Ahora bien: el procesado fue beneficiado con la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria pero, para el día 15 de abril del corriente año, cuando se pretendió notificarle personalmente la sentencia de primer grado, no se le encontró en su residencia, lo que motivó que el Tribunal de Manizales ordenara su captura. El doctor Betancur se presentó el 19 siguiente a las autoridades carcelarias, razón por la cual y mientras no se establezca el tiempo que permaneció fuera del sitio señalado para descontar su pena, se le descontarán cinco (5) días del tiempo total comprendido desde su inicial privación de la libertad.

Bajo las anteriores premisas, se tiene que el doctor Aristides Betancur acredita en detención efectiva en el establecimiento carcelario y en su domicilio, desde el 2 de junio de 1992 hasta la fecha, descontados cinco (5) días (del 15 al 19 de abril del corriente año) dieciséis (16) meses y ocho (8) días.

Según las planillas de trabajo realizado por los internos en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales durante los meses de junio y julio de 1992, el doctor Betancur acredita en "pintura artística" y "extramuros" 220 horas que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, le representan una redención de pena equivalente a trece (13) días.

Como instructor a partir del 19 de abril del corriente año, fecha en la que se presentó al centro de reclusión acredita 792 horas, ya que del 20 al 24 de agosto sólo se le pueden computar cuatro (4) horas diarias por dicha actividad (Ley 65 de 1993), para una redención adicional de tres (3) meses y nueve (9) días y un acumulado de veinte (20) meses al día de hoy, iguales a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las sentencias de primera y segunda instancias.

El artículo 72 del Código Penal establece como requisitos para la procedibilidad del subrogado de la libertad condicional, que su personalidad, ausencia de antecedentes de todo orden y su buena conducta durante el tiempo en reclusión, permitan al juez suponer fundadamente su readaptación social.

En autos no le figuran al doctor Betancur Ciuffitelli antecedentes penales o contravencionales pero la conducta observada por él durante el tiempo en reclusión hace improcedente el beneficio que reclama

En efecto: no solamente puede tener en cuenta la Corte el comportamiento observado por el peticionario durante los dos períodos en que ha permanecido recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales. También cuenta el período en que estuvo descontando pena en su residencia al concedérsele el beneficio de detención domiciliaria, bajo el compromiso de permanecer en ella y dar aviso previo al Tribunal sobre cualquier cambio de la misma. Al faltar a sus compromisos, el procesado incurrió en mala conducta que impide a la Sala realizar el pronóstico favorable sobre su readaptación social y por ello, resulta improcedente el beneficio demandado, a más que, como lo ordenó el Tribunal, deben adelantarse las averiguaciones pertinentes para establecer si el peticionario pudo haber incurrido en el punible previsto en el artículo 178 del Código Penal y las sanciones disciplinarias por violación del régimen penitenciario y carcelario al que igualmente estaba sometido, aun durante el tiempo que disfrutó del beneficio de sustitución de la medida cautelar inicialmente decretada en su contra.

Son las anteriores consideraciones suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVA:

1. *Confirmar* la providencia de fecha seis (6) de septiembre del presente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales negó al procesado Aristides Betancur Ciuffitelli el subrogado penal de la libertad condicional, por las razones consignadas en precedencia.

2. Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y entérese al procesado la decisión adoptada 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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / APELACION

No existe recurso de apelación contra el auto que decide sobre la admisibilidad de la demanda de revisión. Se considera que resulta innecesario ocupar la atención sobre la subsidiaridad del referido recurso, pues siendo un aspecto inherente a la viabilidad de tal impugnación, presumiéndose ésta, por tanto resulta impertinente su examen en un evento de improcedencia del recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recurso de hecho número 8620.

Magistrados Ponentes: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 89. Octubre 6/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el abogado Gustavo Sánchez Agudelo, obrando como defensor de Luis Carlos Alvarez Machado, interpuso la acción de revisión sobre el proceso en el que éste resultara condenado por el delito de abuso de confianza, y que fuera adelantado por el Juzgado Decimocuarto del Circuito de aquella ciudad capital.

Mediante auto interlocutorio de junio 22 de 1993, el Tribunal de Medellín, inadmitió la acción de revisión. Contra esta determinación interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación el señalado profesional del derecho. Y, mediante auto de julio 2 de 1993, la indicada Corporación "*no repone* la providencia calendada a junio 22 de esta anualidad". Y *deniega* el recurso de apelación interpuesto a título subsidiario, todo ello por las razones y circunstancias expresadas en las motivaciones. El señor apoderado recurrió entonces *de hecho*, siendo esta la razón de ser del presente proveído y con habida cuenta de que aquél fue fundamentado inclusive con antelación.

De la Sustentación del Recurso de Hecho

"...En vigencia del Decreto 050 de 1987 era fácilmente explicable que 'el recurso extraordinario de revisión' constituía (sic) asunto de única instancia, precisamente por su connotación de 'recurso' y porque la competencia estaba asignada a una corporación límite. De esa forma se explica que normativamente no se hiciese alusión alguna (porque no era necesario) a las formalidades de la providencia que admitía o inadmitida ese recurso. Pero, posteriormente, el Decreto 2700 de 1991 introdujo cambios que indican la voluntad del legislador en modificar esa institución procesal.

"Primero que todo llama la atención que esa normatividad dedique el libro primero a delimitar lo concerniente a las acciones, distinguiendo la penal, la civil, la del tercero incidental y reservando el Capítulo XI a la acción de revisión. Ello quiere decir que el otrora recurso, dependiente de la acción penal, *adquiere autonomía propia;* además, debe tener alguna significación el que, por las vías generales de competencia, su conocimiento se asigne a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Dentro de esa especificidad, el artículo 235 de ese capítulo se toma el trabajo de dejar en claro que la inadmisión de la demanda de acción de revisión debe hacerse por auto interlocutorio de la Sala, razón por la cual también debe tener algún significado procesal que el contenido jurídico de ese término importa.

"Y ese significado debe buscarse en el hecho de que, dado el anterior recurso extraordinario la categoría de acción, la voluntad del legislador era introducir el significado procesal que el contenido jurídico de ese término importa.

"Lo anterior toma cuerpo si se tiene en cuenta que la voluntad política que animó la creación del actual Código de Procedimiento Penal fue su adecuación a nuevos principios constitucionales que indicaban la necesidad de un sistema acusatorio de procesamiento; y, en consecuencia, proviniendo esto del derecho anglosajón, el antiguo recurso extraordinario de revisión debía concebirse como algo cercano a un *nuevo juicio*, posibilidad contemplada en ese derecho y de ahí la connotación del derecho de acción de revisión actual; que aunque conservó algunos aspectos procedimentales del anterior recurso, esa nueva perspectiva implica un contenido procesal mucho más amplio, aunque no por ello menos específico.

"Sobre esas bases es que debe respetarse el contenido jurídico del término acción (proceso), razón por la cual no puede perderse de vista que algo implícito en ese concepto es el de *segunda instancia* (como principio fundamental y razón para que ahora la competencia radique en los Tribunales Superiores).

"Sin embargo, así se reconozca que cada una de las acciones discriminadas en el Código de Procedimiento Penal admite sus características y fines propios, en modo alguno puede concebírseles como ínsulas que no obedecen a ningún *principio integrador*, pues esa falta de sistemática desintegraría el concepto de código que precede al Decreto 2700 de 1991. Y, precisamente, para posibilitar la necesaria coherencia interna, esa misma normatividad contiene unos principios fundamentales (que tienen origen en contenidos constitucionales) de interpretación que impregnan todo su contenido, sin excepción alguna. Ellos se encuentran en el artículo 22, pues dice relación a que las normas rectoras (título preliminar) son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra

disposición, además de que deben servir como fundamento de interpretación insoslayable, y como norma general de obligatoria observancia, no excluye por parte alguna a la acción de revisión del sometimiento a esos postulados, así y todas las características especiales que resalta el Tribunal. Una de esas normas rectoras, el artículo 16, menciona que 'toda providencia interlocutoria podrá se apelada, salvo las excepciones previstas'.

"En consecuencia, y como es apenas obvio, respetando formas de pensar diferentes, lo único que puede lógicamente inteligirse de esta norma es que la posibilidad de impugnación de una providencia, por vía de apelación, no depende del criterio que el funcionario tenga sobre la importancia del asunto que en ella se decida, sino que tenga las características de interlocutorio, máxime si como en este caso, la misma ley ordena que es la forma de decidir ese específico asunto.

"Es incuestionablemente cierto, por tanto, que si la norma expresamente que la inadmisión de la demanda de acción de revisión debe hacerse por auto interlocutorio, ese auto *necesariamente*, es susceptible de apelación, sin que sea lícita interpretación diferente, salvo que en alguna parte se encuentre norma que, también expresamente, lo excluya dentro de las excepciones previstas, sin que, por lo tanto, para este punto de la discusión importe el contenido del artículo 197, citado por aquella Corporación.

"Porque no puede echarse en saco roto la función político-procesal de la *segunda instancia*, pues es de esperar que sirva de garantía al ciudadano para enmendar errores...".

Breves Consideraciones de la Sala

1. El Tribunal Superior del Distrito Superior de Medellín despachó el asunto acertadamente, así:

"De otro extremo, denegará el recurso de apelación, pues el trámite relativo a la revisión es de única instancia. No es dable acudir a las normas generales del Código de Procedimiento Penal. La acción posee una estructura y régimen propios, en los cuales está vedada la segunda instancia. Es que si no es recurrible siquiera la decisión que desata la acción (artículo 197 del Código de Procedimiento Penal), con más veras será improcedente la apelación contra una providencia que no tiene esos alcances".

2. La Corte, en plurales decisiones, ha definido el punto en idéntico sentido. Basta, a este respecto, transcribir el siguiente pronunciamiento (julio 15/93), con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Valencia M.: "...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 3º 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, inadmiten 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)".

3. De otra parte, precisado como ha quedado que no existe recurso de apelación contra el auto que decide sobre la admisibilidad de la demanda de revisión, se considera que resulta innecesario ocupar la atención sobre la subsidiaridad del referido recurso, pues siendo un aspecto inherente a la viabilidad de tal impugnación, presumiéndose ésta por tanto, resulta impertinente su examen en un evento de improcedencia del recurso, como el aquí examinado. Por consiguiente, la Sala mayoritariamente decide no entrar a considerar dicha subsidiaridad.

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

RESUELVE:

Declarar que no hay lugar al recurso de apelación interpuesto contra el auto que inadmitió la demanda de revisión.

Por la Secretaría de la Sala, expídase copia de la actuación para el archivo de la Corporación y el original de la misma envíese al Tribunal de Medellín "para que forme parte del expediente" -artículo 210 Código de Procedimiento Penal-.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (con adición de voto), *Didimo López Velandia, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION

(Adición de Voto)

Otro aparte de la ponencia original se ocupaba del aspecto relacionado con la apelación introducida como recurso subsidiario del de reposición. La Sala no creyó necesario referirse a este punto. Como consideramos que la cuestión tiene parificada su importancia con la que fuera definida, porque si bien ésta afirma la improcedencia de la apelación en esta clase de autos, la otra llega a igual conclusión por la vía de entender que, como ocurrió en el caso *sub judice*, no podía prosperar una alzada dependiendo de la definición previa de la reposición. De otro lado, como el tema tiene constante importancia y divergente interpretación, se desaprovechó una excepcional oportunidad para definir el asunto. Valga entonces esta adición de voto para expresar nuestro personal enfoque y solución.

Como el artículo 204 del anterior Código de Procedimiento ("El recurso de apelación puede interponerse como principal, o como subsidiario del de reposición.") no fue reproducido por el vigente estatuto procedimental penal, ni se creó otra norma de similar contenido, dedúcese entonces que fue querer del creador del Decreto 2700 de 1991, darles a los medios de impugnación el carácter de *autónomos* y cancelar, entonces, la oportunidad de que el recurso de apelación pudiera ser operado de manera subsidiaria del de reposición, enfrentando así al interesado al hecho de que debe decidirse por uno u otro recurso cuando pretenda la revocatoria, modificación o adición de la providencia que le afecta y dándole fin a las impugnaciones subsidiarias y paralelas, siempre con miras a una mayor celeridad y eficacia en la difícil y delicada tarea de administrar justicia. La simultaneidad de las impugnaciones y su subsidiaridad, son características impropias de las mismas y de ahí que, para darles por existentes y aplicables, se requiere una normatividad especial sobre el particular, que no sólo no se da en el estatuto, sino que fue abolida y ahora, en proyectos de reforma procedimental, se intenta su restauración, lo cual afirma su actual ausencia. Y con este no se mermen garantías, pues que se mantienen las posibilidades de los recursos, y, además, se potencializan y se vuelven más precisos y expeditos y efectivos los consagrados por la ley.

Gustavo Gómez Velásquez.

EXTRADICION / PRUEBA

Las pruebas solicitadas dentro de un incidente de extradición deben reunir los mismos requisitos que la legislación colombiana exige para su procedencia y validez, pues de lo contrario correrán la suerte indicada en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, esto es, su rechazo. / El procedimiento que obliga a la Corte es el del Estado colombiano, a falta de tratados internacionales sobre la materia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8738. Extradición

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 93 de octubre 14.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Decide la Corte lo correspondiente en derecho respecto de la solicitud de pruebas presentada por el defensor del solicitado en extradición y sobre la designación que el mismo hace de defensor suplente para su poderdante.

Antecedentes Inmediatos

El Gobierno de los Estados Unidos de Norte América, por conducto de su Embajada en Colombia, solicitó formalmente la extradición del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana Ramiro Eduardo Reyes Torres, contra el cual un jurado de ese país le formuló resolución acusatoria por concierto para introducir y distribuir estupefacientes en ese país del Norte.

Como se reunieron los requisitos que el Código de Procedimiento Penal Colombiano exige, el Ministerio de Relaciones Exteriores tramitó la solicitud para que su homólogo de justicia solicitara el concepto de rigor de la Corte Suprema de Justicia, la cual ordenó tramitar el incidente correspondiente.

La Solicitud de Pruebas

Dentro del término legal para solicitar pruebas, el defensor del capturado con fines de extradición, en un extenso escrito que parece más un alegato de fondo que una solicitud de pruebas, pide como tales las siguientes:

1. Que se tengan como pruebas los siguientes documentos que en fotocopia adjunta: oficio del Fiscal Octavo de Pichincha (Ecuador) donde se sindica a su poderdante de un ilícito de porte ilegal de armas; memorial de dicho procesado al Fiscal referido, oficio de éste al Presidente de la Corte del Ecuador y oficio del Secretario de dicha Corporación al Ministro de Relaciones Exteriores para que solicite la extradición de su poderdante al Gobierno colombiano.

2. Que se solicite al Gobierno ecuatoriano, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, certifique si cursa en el Juzgado Octavo de Pichincha un proceso contra su poderdante, desde cuándo, en qué estado se encuentra y si se ha proferido auto de detención o resolución acusatoria; que si dicho funcionario o su superior ha solicitado a su Gobierno demande la extradición de su poderdante al Gobierno colombiano; que solicite igualmente al Gobierno ecuatoriano si se encuentra vigente la ley de extranjería - Título II. La extradición activa.

3. Aun cuando al sentar la hipótesis de la no identidad plena de su defendido afirma haber reconocido éste ser Ramiro Eduardo Reyes Torres, por habérsele hallado en su poder unos documentos con el nombre de Carlos Ramiro Mejía Restrepo cuya investigación puede ser de importancia para este incidente, pide se solicite a la Fiscalía General se certifique si hay investigación penal contra su poderdante, desde cuándo y en qué estado se encuentra la misma.

4. Con el fin de aclarar una serie de vacíos e irregularidades existentes en el enjuiciamiento de su poderdante, solicita que se oficie al Tribunal Municipal del Condado de Ventura, Estado de California, para que se certifique si allí cursó proceso por tráfico de estupefacientes contra José F. Rubiano y en caso afirmativo, se allegue la prueba de la inculpación que éste hiciera a su poderdante; y

5. Que se pida a la Oficina de Extranjería del Gobierno de los Estados Unidos copia del pasaporte que dice en una de sus notas verbales poseer dicho ciudadano.

Consideraciones de la Corte

1. Las pruebas solicitadas dentro de un incidente de extradición deben reunir los mismos requisitos que la legislación colombiana exige para su procedencia y validez, pues de lo contrario correrán la suerte indicada en el artículo 250 del Código de Procedimiento, esto es, su rechazo.

En el caso presente, ninguna de las pruebas solicitadas por la defensa es conducente en el trámite del presente incidente de extradición, por lo que se denegarán. En efecto: la solicitud de extradición que conoce la Corte es la que ha formulado el Gobierno de los Estados Unidos de Norte América, luego los documentos aportados por la defensa tendientes a demostrar que va a ser solicitada la extradición del mismo sujeto por un Gobierno de otro Estado, ninguna incidencia tiene en el aquí tramitado y menos aún si lo que se pretende es que la Corte haga averiguaciones ante dicho país encaminadas a la solicitud referida, aspecto que no incumbe a la Corporación por ser completamente extraño al trámite señalado en la ley colombiana de procedimiento vigente. Otro tanto hay que decir en relación con la insólita petición para que se averigüe sobre la vigencia de una ley extranjera.

El procedimiento que obliga a la Corte es el del Estado colombiano, a falta de tratados internacionales sobre la materia; y un incidente de tal naturaleza solamente se inicia a solicitud libre y soberana de un Estado por la vía diplomática, siendo ésta la adecuada para allegar los documentos relacionados con la extradición. No son, pues, de recibo las pruebas referidas en los numerales 1 y 2.

2. Para la Corte no existe en la actuación duda alguna sobre la identidad del sujeto solicitado en extradición ni acerca de su condición de nacional ecuatoriano, aspectos que el propio defensor reconoce cuando dice: "No pretende la defensa plantearle, señor Magistrado, y por intermedio suyo a la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, una duda sobre la identidad del señor Reyes Torres como persona, pues en honor a la verdad la prueba está determinando que es un ciudadano ecuatoriano por nacimiento". En tales condiciones la prueba tendiente a comprobar si existe o no investigación por el delito de falsedad, no es conducente para la identidad del sujeto de la referencia. Ahora, si lo que se pretende con dicha solicitud es que un hecho de tal naturaleza no quede en la impunidad, la Corte en su oportunidad ordenará las copias de rigor, pues el hecho de que haya o no una investigación penal en contra del solicitado es algo que no tiene incidencia en la tramitación del concepto que se demanda de la Corte.

3. La prueba referida en el numeral 4 del resumen probatorio demandado por la defensa es todavía más inconducente, pues bien sabido es que en el trámite de un incidente de esta naturaleza no es dable cuestionar la juridicidad del pliego de cargos del Estado solicitante -que es en el fondo lo que plantea la defensa con dicha prueba-, toda vez que la competencia de la Corte se circunscribe a verificar la presencia de los requisitos mencionados en el Código de Procedimiento Penal al respecto, dentro de los cuales no está el mencionado por el señor defensor.

4. Por último, tampoco tiene incidencia alguna demostrar en este trámite si el ciudadano solicitado en extradición tiene o no pasaporte expedido por el Gobierno de los Estados Unidos o de cualquier otro Estado, pues no existiendo duda sobre su verdadera identidad, la prueba es claramente impertinente.

Lo anterior significa que las pruebas solicitadas por la defensa deben denegarse y como, por lo demás, no existen pruebas para decretar de oficio, se omitirá el señalamiento del período probatorio que prevé la ley para su práctica.

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

RESUELVE:

1. *Deniéganse*, por inconducentes, las pruebas pedidas por el defensor del solicitado en extradición, señor Ramiro Eduardo Reyes Torres.

2. Reconócese como defensor suplente del referido señor Reyes Torres, al doctor Marco Antonio Camargo, con T. P. número 36071 expedida por el Ministerio de Justicia, según la designación que el defensor titular le ha discernido en escrito que obra en autos.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECUSACION

Asiste la razón a la Sala de Decisión del Tribunal que rechaza la separación pretendida por el procesado, pues de los términos de su escrito se deduce, sin duda, que la denuncia o denuncias que hubiera formulado contra los funcionarios integrantes de la Sala ha surgido últimamente y como consecuencia de la tramitación legal que se ha seguido en segunda instancia al proceso de causas acumuladas, esto es, no se debe tal denuncia a hechos delictivos preexistentes a este asunto, que es la única posibilidad procesalmente admisible en materia penal a la luz del ordenamiento respectivo -y aun conforme al actual-, que no contempla la intervención de la Corte, de llegar a considerarse una eventual favorabilidad, artículo 103-10, pues que éste hace operante la recusación cuando siendo formulada la denuncia posteriormente a la iniciación del proceso el funcionario haya sido vinculado procesalmente./ Las causales de impedimento son taxativas, lo que implica que ni siquiera por vía interpretativa pueden desconocerse.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8817.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 93.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

Procede resolver la recusación formulada con base en el numeral 13 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, ordenamiento que rige esta causa, a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, presidida por la doctora Beatriz Castaño de López, Sala a la que por reparto se le asignó el conocimiento de la segunda instancia de este asunto.

Antecedentes

1. - a) Por hechos ocurridos en octubre de 1983 que denunció el abogado Antonio Martínez, en que el perjudicado fue Andrés Velásquez, Rubén Darío Orélora Rodríguez

fue llamado a juicio mediante auto de proceder del 18 de marzo de 1986 por el entonces Juzgado Veinte Superior de Bogotá, por los delitos de Falsedad agravada por el uso de documento privado, estafa consumada y agravada por la cuantía y tentativa de estafa, en proceso que avanzó hasta la iniciación de la audiencia pública -31 de julio de 1987 diligencia que fue suspendida a petición del Ministerio Público, que sabedor de que el acusado estaba detenido por cuenta de otro juzgado, consideró que debía facilitársele la comparecencia (fls. 243-257; 279; 308-308 cd. A.);

b) El mismo individuo fue llamado a juicio, en resolución acusatoria del 26 de septiembre de 1987, por el delito de estafa agravada, por el Juzgado Ochenta y siete de Instrucción, siendo denunciante Gustavo Sánchez Torres, en proceso cuya etapa del juicio inició el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá;

c) Por un nuevo delito de falsedad, el mencionado individuo fue compulsado en juicio en resolución acusatoria del 5 de agosto de 1988 del Juzgado Noventa y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá, en proceso que se inició de oficio cuando pretendió efectuar el 14 de enero de 1988 el cobro de unos cheques, identificándose con una cédula de ciudadanía falsa (fls. 457-493v, c. C.) y en el que apareció como damnificado Jorge Eliécer Parra.

2. Los dos primeros procesos fueron acumulados por el Juzgado Veinte Superior el 6 de julio de 1988, fecha en que así mismo se ordenó suspender la tramitación del más adelantado -el primero- hasta igualar el estado procesal del otro para continuarlos conjuntamente (fls. 602 cd. B); y el tercero fue acumulado al proceso unificado que se formó con los anteriores (Rad. 4475) por el mismo juzgado, en proveído del 9 de febrero de 1989 (fls. 547-550 v. cd. C.), en el que se reiteró la orden de igualación de los trámites.

3. De los delitos por los cuales se le había enjuiciado el 18 de marzo de 1986 por el Juzgado Veinte Superior, sólo subsiste la acusación por estafa agravada consumada, pues los restantes han prescrito durante el ya prolongado tiempo que lleva la administración de justicia tratando de continuar la audiencia pública tanto tiempo hace ya iniciada (fls. 62-67 y 137-140 cd. E.).

La Recusación

Hallándose a conocimiento del Tribunal la recusación formulada por el procesado al Juez de la causa, el sesenta y cuatro de Instrucción Criminal, el mismo individuo, en escrito del 22 de septiembre próximo pasado, recusa también a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se declaren impedidos "de seguir conociendo de la causa 4475, por haber sido denunciados penalmente debido a que las decisiones del Juez y de la decisión (sic), son prevaricadoras y corruptas", "tendenciosas y malintencionadas", petición a la cual la aludida Corporación (cd. K) en auto del 24 de septiembre último responde inaceptándola, y remitiendo el asunto a la Corte para la decisión de rigor, por considerar que se rige por el anterior Código de Procedimiento Penal.

Observa el Tribunal que los motivos aducidos por el recusante, orientados, por una parte a separarlos del conocimiento de la recusación -cuyo proyecto de decisión ya se había registrado para cuando ingresó la recusación a los Magistrados-, y por la otra a

separar a la Sala del conocimiento del proceso como Juez de segunda instancia, y que encajan en el numeral 13 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal de 1987, carecen de incidencia en el caso concreto, porque la denuncia que el procesado afirma haber presentado contra los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, no ha motivado vinculación a proceso alguno instaurado por cualquiera de los sujetos procesales, y además, en el evento de haber sido formulada, no lo fue antes de la iniciación del proceso en trámite, como lo preveía la disposición regente del caso. Así mismo advierte, que por no ser recusable la Sala en calidad de cognoscente de la recusación (art 113 C. id.) al Juez de la causa -el 64 J. C.-, su decisión se limita a su calidad de juzgador de la segunda instancia en el proceso, por afirmar el recusante que ha emitido "decisiones prevaricadoras y corruptas".

Consideraciones de la Corte

Evidentemente corresponde a la Corte decidir sobre la recusación no aceptada por los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, presidida por la doctora Beatriz Castaño de López para conocer como juez de segunda instancia en lo sucesivo de este proceso -hoy conformado por causas acumuladas- que desde 1984 iniciara la jurisdicción penal respecto de conductas reiterativas y específicas dentro de la gama de hechos punibles tipificados en la ley penal realizadas por el muy "recusivo" procesado, cuya tarea se limita hoy por hoy en este asunto, a impedir la celebración de la audiencia pública y lograr la prescripción de las acciones, en tan evidente abuso de las vías de derecho -y ello sin ostentar la calidad de abogado que otrora adujera para engañar a algunas de sus víctimas-, que el señor Procurador Quince Judicial Penal se vio precisado a solicitar al Juez de la causa la expedición de copias para establecer disciplinariamente el comportamiento de los profesionales del derecho que han asistido al acusado (fls. 193-194 cd. E.).

En efecto, la audiencia pública dentro de la causa que adelantaba el Juzgado Veinte Superior se inició el 31 de julio de 1987 pero fue suspendida a petición del Ministerio Público, para garantizar al procesado su concurrencia por saberse que se hallaba privado de la libertad por orden de otro Juzgado, lo que implícitamente obligaba a establecer la existencia de otros procesos con miras a una posible acumulación; y fue así como, sin haberse podido continuar el juzgamiento durante más de medio año por no concurrencia del defensor, que para entonces lo era el doctor Jaime Pardo Leal (q.e.p.d.), se comprobó que existían otros procesos contra el mismo ciudadano, que paulatinamente se fueron acumulando al del Juzgado Veinte Superior. Habiéndose prolongado la tramitación durante todo el tiempo que estuvo vigente el Código de Procedimiento Penal de 1987 sin que se lograra definir el caso, entró a regir el actual Código de Procedimiento Penal -julio de 1992- cuyo artículo 13 transitorio señala como procedimiento aplicable el del Código anterior en los casos en que se hubiera iniciado la audiencia pública, que tal fue lo que sucedió el 31 de julio de 1987, mandamiento atendible aunque las acumulaciones se hubieran realizado con posterioridad a esta fecha -6 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1989-, pues en estos autos se ordenaba suspender la tramitación del proceso más adelantado para colocarlos todos en igual estado procesal para su continuación, conforme lo preceptuaba la legislación correspondiente.

Así pues, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 112, segundo inciso del Código de Procedimiento Penal de 1987, la Corte asume el conocimiento de este incidente.

Asiste la razón a la Sala de Decisión del Tribunal que rechaza la separación pretendida por el procesado, pues de los términos de su escrito se deduce sin duda, que la denuncia o denuncias que hubiera formulado contra los funcionarios integrantes de esa Sala ha surgido últimamente y como consecuencia de la tramitación legal que se ha seguido en la segunda instancia al proceso de causas acumuladas, esto es, no se debe tal denuncia a hechos delictivos preexistentes a ese asunto, que es la única posibilidad procesalmente admisible en materia penal a la luz del ordenamiento respectivo -y aun conforme al actual-, que no contempla la intervención de la Corte, de llegar a considerarse una eventual favorabilidad del artículo 103-10, pues que éste hace operante la recusación cuando siendo formulada la denuncia posteriormente a la iniciación del proceso el funcionario haya sido vinculado procesalmente.

Las causales de impedimento son taxativas, lo que implica que ni siquiera por vía interpretativa pueden desconocerse, menos aún cuando aquella en que encuadra el motivo expuesto por el recusante no admite una intelección diversa a la de su tenor literal:

"13. Haber estado el juez o magistrado vinculado legalmente a una investigación penal por denuncia formulada antes de que se inicie el proceso, por alguno de los sujetos procesales"

de manera que no estando los Magistrados recusados incursos en la situación que describe la norma, no procede separarlos del conocimiento que como integrantes de la Sala de Decisión les corresponde en calidad de juez de segunda instancia.

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

RESUELVE:

Declarar infundada la recusación a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá presidida por la doctora *Beatriz Castaño de López*, a la que ha correspondido intervenir como Juez *ad quem* en este proceso. 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PROCURADOR REGIONAL / COMPETENCIA / UNICA INSTANCIA

A la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales, el fuero reconocido a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación (procuradores regionales) desapareció, quedando esa competencia radicada, en cuanto al juzgamiento, en los Tribunales Superiores del Distrito Judicial del lugar de los hechos (art. 70.2 C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 512. Unica instancia.

Aprobado Acta número 93.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Esta Sala de Casación Penal conoció del proceso seguido contra el doctor Manuel María Velázquez Martínez, ex Procurador Regional de Villavicencio, en virtud de lo dispuesto por los artículos 32.7 del Código de Procedimiento Penal de 1971 y 68.8 del Código de Procedimiento Penal de 1987, que asignaban a la Corte competencia para la investigación y juzgamiento de estos funcionarios.

Dicho asunto terminó con sentencia de 17 de agosto de 1988, mediante la cual se condenó al doctor Velásquez Martínez a cuatro años de prisión, por los delitos de falsedad, peculado y violación a la reserva del sumario.

En memorial que antecede, el apoderado del procesado solicita a la Corte declarar la prescripción de la pena, por haber transcurrido más de cinco años desde la ejecutoria de la sentencia.

A la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales, el fuero reconocido a los referidos funcionarios de la Procuraduría General, en los términos arriba anotados, desapareció, quedando esa competencia radicada, en cuanto al juzgamiento, en los Tribunales Superiores del Distrito Judicial del lugar de los hechos (art. 70.2 C. de P. P.).

En el caso a estudio, los hechos, según la sentencia, tuvieron ocurrencia en la ciudad de Villavicencio; luego es al Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad al que corresponde conocer de la petición que presenta el señor apoderado del sentenciado.

Por consiguiente, se ordenará remitir el proceso a la Sala Penal de esa Corporación.

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

RESUELVE:

Abstenerse de conocer de la solicitud presentada por el apoderado del sentenciado.

Disponer, por competencia, el envío del proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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.

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / NULIDAD / PERITO / INIMPUTABILIDAD / DERECHO DE DEFENSA / PENA ACCESORIA

Errada mente se supone, entre dos funcionarios de igual facultamiento funcional en el campo de la instrucción que uno de ellos, el que primero realiza diligencias previas, adquiere en unos atributos tan absolutos y especialmente como para impedir la intervención de otro funcionario de igual categoría y competencia. / Así no fuera procedente el reparto de las diligencias iniciales, mecanismo que procura una eficiente distribución de trabajo, el aspecto no pasaría de revelar una secundaria irregularidad, tratable desde el punto de vista disciplinario o como factor de animadversión o predilección en una investigación en que se cuestiona la rectitud del funcionario (prevaricato), pero que nunca puede trascender al campo de la nulidad, bajo el ropaje jurídico y caprichoso de la falta de competencia. / Si bien es aconsejable, dentro de una buena práctica de justicia, el dejar definido el estado mental de un procesado, antes de una resolución acusatoria, máxime cuando el asunto ha suscitado pareceres encontrados, su demostración, durante el juicio, no constituye un motivo de anulación, pues el procedimiento aplicable a este proceso (anterior Código de Procedimiento Penal), y el actual, no se altera sustancialmente, permitiéndose el correctivo al momento de proferirse la sentencia, oportunidad en la cual se aplicará una medida de seguridad en vez de pena; en caso contrario, esto es, cuando la modificación implicaría mudar una medida de seguridad (se había reconocido la inimputabilidad del procesado) a una pena (plena imputabilidad), la vía reconocida por la jurisprudencia es la de decretar la correspondiente nulidad para formular una acusación conforme a esta nueva situación. / Ambas formas de juzgamiento (ante jueces de derecho o ante jueces de conciencia) representan una válida forma de administrar justicia dependiendo su aplicación de lo que la ley mande al respecto, al momento de celebrarse la correspondiente audiencia. La excepción señalada a este respecto sólo contempla la hipótesis de darse una efectiva, real y actual intervención del jurado pero no la posibilidad de su actuación. / Nunca se ha supeditado la vigencia de un determinado procedimiento a la fecha de comisión del ilícito, así con posterioridad a ésta devengue variaciones de trámite, salvo lo atinente a su consultabilidad. Tal circunstancia sí tiene vital importancia en cuanto a las consecuencias punitivas. La tolerancia hacia un medio de prueba o la no interposición de recursos, así se trate de piezas fundamentales (v. gr. auto de medida de aseguramiento, vocatorio a juicio, sentencia), o la renuncia a que se concluya el trámite de los interpuestos, no es indicativo por sí de una defectuosa asistencia profesional. / Las penas accesorias deben dispensarse dentro

de los términos de duración que para ellas determina el Estatuto Penal. Y la cuestión estanto más entendible cuando puede advertirse que, durante el término de purgamiento de la pena privativa de la libertad, tales sanciones tienen un efectivo cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7930.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 89, octubre 6 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

Se define el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de diecinueve de marzo de 1992, en la cual, por lo que corresponde a la pena privativa de la libertad, se impuso a Hernán Antonio Cano Alvarez, catorce (14) años de prisión, por el delito de "homicidio".

El fallo fue proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y la demanda correspondiente fue admitida en proveído de veintiocho de octubre del citado año.

Hechos

De éstos anotó el Juzgado Primero Superior:

"Refieren los autos que en la madrugada del día 5 de marzo de 1989, se hallaba un grupo de personas ingiriendo bebidas alcohólicas en la casa de José Ibarra, en la Urbanización Bahía de esta ciudad, presentándose a esta fiesta el señor Hernán Cano Alvarez, aproximadamente de tres a cuatro de la mañana. Como ya estaba finalizando la reunión, el señor Hernán Cano dijo que iba a comprar dos botellas de whisky; de allí se dirigieron al Barrio San Blas de Lezo, los señores William Salamanca, Sofía Medina, Hernán Cano, Mirna Ortiz y José Miguel Almanza López y el taxista Agustín Castellanos Macott. En Blas de Lezo llegaron a la casa de la señora Iris Herazo quedándose ellos en la terraza de entrada tomando whisky, y como a las seis y media de la mañana se trasladaron al patio de la residencia en donde continuaron departiendo y consumiendo bebidas alcohólicas, desayunaron, luego el señor Hernán Antonio Cano Alvarez se ausentó del lugar de la reunión, volviendo posteriormente integrándose al grupo continuando todo normalmente, sin discusión. Cuando de pronto y sin mediar al parecer motivo alguno, el señor Hernán Antonio Cano Alvarez desenfundó su revólver haciendo tres disparos contra la humanidad de la señora Edith Sofía Medina Alvarez, ocasionándole la muerte instantáneamente. Cometido el hecho, el agresor salió de la residencia con el arma en la mano, con la cual amenazó a los que allí se encontraban, siendo posteriormente capturado por los agentes del orden y puesto a disposición de las autoridades competentes".

No está por demás anotar que William Salamanca convivía con Edith Sofía Medina, el mismo que "fue asesinado con posterioridad en circunstancias desconocidas" -fls. 61, cuaderno de audiencia-; que Cano Alvarez, al regresar de la casa de la Horazo, por fuera de la cual estuvo unos veinte minutos, le manifestó a la cocinera "vine por ti" y que al ser capturado tenía en su poder un revólver Rugger 38 largo, con el cual, según el dictamen balístico, no se disparó el proyectil extraído a Edith Sofía -calibre 32- y que fuera enviado para esta prueba técnica, y finalmente que al retirarse tranquilamente del lugar de los hechos esgrimiendo su arma de fuego, manifestó: ". el que saliera le daba... el que salga le doy".

Desarrollo Procedimental

El levantamiento del cadáver corrió a cargo del Juzgado Quince de Instrucción Criminal que estaba de turno y, por parte de la Sijín, se cumplieron algunas diligencias de la Policía Técnica Judicial, todo lo cual llevó a que el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, a quien le fueran repartidas esas diligencias, ordenara la apertura del respectivo sumario. Este mismo despacho definió la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento (detención preventiva en auto de quince de marzo de 1989). Luego, en proveído de diecisiete de julio del mismo año, se profiere resolución acusatoria, por el delito de "homicidio" (art. 323 C. P.). Celebrada la audiencia, que fue antecedida de labores probatorias, el Juzgado Primero Superior dicta sentencia (septiembre 5/90) imponiendo diecisiete (17) años de prisión, y citándose al respecto que "el artículo 323 del Código Penal, tipifica este hecho como punible" (fls. 67) y que "Así las cosas, debemos concluir que la conducta desplegada por el enjuiciado, no solamente se adecuó al tipo penal básico consagrado en nuestro estatuto de las penas en su artículo 323, y su agravado número 7, artículo 434 (sic), sino que fue *contra jus* y no cabe duda en afirmarse que su voluntad consciente estuvo dirigida a producir el resultado suficientemente conocido" (fls. 78). En la página siguiente del fallo se analiza lo pertinente al aprovechamiento "de las circunstancias de inferioridad en que se encontraba su víctima cuando decidió darle muerte".

Por último, como ya se indicó, el Tribunal se pronunció el diecinueve de marzo de 1992, y al considerar que la conducta correspondía a un homicidio simple, señaló una pena de catorce (14) años de prisión, a la par que expresó que "En las demás disposiciones, manténgase firme la decisión condenatoria objeto de revisión".

La Demanda

La Delegada Tercera en lo Penal precisa un buen compendio de los múltiples cargos que tal escrito contiene, casi todos inspirados en la noción de nulidad, y también manifiesta una adecuada refutación. De ahí que la Sala oriente este segmento con notorio y exigible apego a tales enunciados.

I. La Falta de Competencia

El Juzgado Quince de Instrucción Criminal, funcionario que cumpliera con la diligencia de levantamiento del cadáver y contaba con una unidad de indagación

preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, con quebranto del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, no procedió a abrir la correspondiente investigación, sino que permitió el que la actuación se repartiera y el proceso lo iniciara el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal.

Respuesta. La Delegada a este respecto, destaca que "En el caso bajo examen no es cierto que el Juzgado Quince de Instrucción Criminal haya adelantado las primeras diligencias dentro de esa etapa procesal, a fe que de los autos se desprende claramente que la iniciativa de practicar las primeras diligencias preliminares fue de la Policía Nacional, Sijín, por lo que las diligencias debían someterse a reparto, como en efecto sucedió, sin tener en cuenta el funcionario judicial que simplemente practicó la diligencia de levantamiento del cadáver.

"Ahora bien, el principio consagrado en el artículo 351 del código adjetivo anterior no era absoluto al establecer varias excepciones, entre ellas, cuando se trate de un Juez de Instrucción de carácter permanente. El artículo 318 del mismo estatuto facultaba a esta clase de jueces para adelantar las primeras diligencias por delitos cuyo conocimiento fuera de los jueces de circuito y superior, así como también las relacionadas con cualquier otro delito que ameritara investigación de urgencia, "en cuyo evento, al terminar su turno, la enviará a reparto de los correspondientes".

Y así no se diera la realidad que alzaprima el Ministerio Público, el cargo resulta de una inocuidad manifiesta, pues erradamente se supone, entre dos funcionarios de igual facultamiento funcional en el campo de la instrucción que uno de ellos, el que primero realiza diligencias previas, adquiere unos atributos tan absolutos y especiales como para impedir la intervención de otro funcionario de igual categoría y competencias. Así no fuera procedente el reparto de esas diligencias iniciales, mecanismo que procura una eficiente distribución de trabajo, el aspecto no pasaría de revelar una secundaria irregularidad, tratables desde el punto de vista disciplinario o como factor de animadversión o predilección en una investigación en que se cuestiona la rectitud del funcionario (prevaricato), pero que nunca puede trascender al campo de la nulidad, bajo el ropaje jurídico y caprichoso de la falta de competencia. Aun en caso más extremo, vale decir, la eliminación de un reparto que se considera como propio al inicio de una actividad judicial, la jurisprudencia tiene entendido, desde años atrás, que tal omisión no entraña ni el desconocimiento ni la controvertibilidad de las funciones ejercidas en contravía a esta normación. Por pacífico enunciado se tiene que con reparto o sin reparto, imponiéndose éste o debiéndose omitir, quien actúa contra preceptiva de esta índole, no incurre, por ello, en una situación de incompetencia.

II. Nulidad por violación del derecho de defensa por haberse omitido varios medios de prueba desde los inicios de la investigación

En este punto el demandante echa de menos lo relacionado con el guantelete de parafina, tanto para Cano Alvarez como para William Enrique Salamanca, comprobación que hubiera dado al traste con la componenda que, exitosamente, logró cargar al procesado todo lo sucedido.

También exhibe como una falencia investigativa la ausencia de variados exámenes, todos dirigidos a demostrar los niveles de alcohol y drogas y su correlación con el estado

de intoxicación del acusado, o la posible presencia del síndrome de Korsakoff (concentración de vitamina B), o la pericia psiquiátrica que sólo se cumplió tardíamente, a los siete meses, no obstante que desde un principio el estado de embriaguez no permitió su interrogatorio inicial y el procesado sólo atinó a manifestar "no acordarse absolutamente de nada".

Insistiéndose en el mismo aspecto, se censura el no haber recibido testimonio al agente de policía Chaves Martínez, prueba considerada fundamental en cuanto permitía establecer el estado de "embagunamiento", de "amnesia", de falta de "lucidez o normalidad psíquica" de Cano Alvarez. Igualmente se colaciona la falta de motivo de la conducta homicida, el abundantísimo consumo de whisky, licor éste de alto grado de concentración alcohólica, y la queja del perito médico sobre la falta de una práctica de laboratorio, lo cual interpreta el recurrente como la ausencia de adecuados y eficientes elementos para hacer una determinación sobre las condiciones mentales de Cano Alvarez al momento de dar muerte a Edith Sofía Medina.

Por último, como fenómeno desatendido, recuerda el comportamiento del sentenciado, quien luego de su acción continuó, en lugar próximo ingiriendo licor.

Todo esto, en el memorialista, evidencia un trastorno mental transitorio.

Respuesta. Esta censura, tan fértil en argumentaciones y aparentemente todas dirigidas de manera coherente a un mismo y principal fin, no deja de suscitar inquietudes sobre su correcta elaboración.

En efecto, lo primero advertible es que, en un mismo cargo, se afirme categóricamente la omisión de múltiples pruebas tendientes a establecer de modo suficiente el estado psíquico del procesado, para deducir su imputabilidad o inimputabilidad, o la deficiencia de la obtenida al respecto, ya por lo tardío de su producción, ya por los elementos de estudio que debieron acompañarla para hacer de ella algo serio y aceptable, aspectos todos éstos que, a no dudarlo, radican en Cano Alvarez, aun para su apoderado, la autoría del hecho, pero simultáneamente se dude de esta realidad al cavilar sobre la prueba del "guantelete de parafina", para deducir si el procesado disparó un arma de fuego o más bien quien ultimó a la Medina fue su amante William Salamanca.

Este es un sensible factor que demuestra incertidumbre crítica, carencia de unidad de pensamiento e incoherencia en la formulación del cargo.

Pero, además, no resulta muy válido el que se objete la prueba relacionada con el estado mental del procesado, para emparentar todo esto con una violación del derecho de defensa. En el fondo lo que mortifica al impugnador es el sentido de la peritación y la recepción que de ella hiciera el juzgador, pues con base en ella se dio por acreditado el que Cano Alvarez era imputable y por tanto sujeto a pena privativa de la libertad y de las correspondientes accesorias. Y siendo ello así, la censura ha debido manejarse de otra manera, aunque la más pertinente resultaba infructuosa, pues lo explorable en alternativa tal hubiera sido un error de derecho por falso juicio de convicción, hecha abiertamente impertinente al advertir la libertad del juzgador en la valoración de ese medio de prueba y la prolija crítica a que fuera sometida en especial en el fallo de la primera instancia, que, obvio, por sus características, tiene que integrarse al de segundo grado.

Además, el echar de menos algunas probanzas que, indudablemente, habrían representado un singular aporte, no constituye argumento apodíctico para inferir la imposibilidad, por otros medios, de poder suministrar una técnica y admisible información sobre el estado mental del procesado.

La ley, en parte alguna, ha fijado la exclusividad de un medio probatorio a este fin ni menos ha señalado un término perentorio para producirlo, por fuera del cual la administración de justicia queda privada de todo otro elemento de comprobación.

No deja de marcarse cierta ilogicidad en quien descalifica una pericia por no estar antecedida de ciertos exámenes de laboratorio dirigidos a establecer el grado de concentración alcohólica en la sangre, y la persistencia en la práctica de aquélla para época en que ya no era posible producir éstos. Y menos la búsqueda de una anulación, cuando ya se sabe, por los planteamientos de la demanda, que nunca será posible la cuantificación científica de la ingestión de licor.

Partiendo, entonces, de la procedencia de una pericia como la comentada, así haya transcurrido notable tiempo desde la realización de la conducta punible, es dable advertir contra lo que nuevamente pregona la demanda, que ese dictamen no prescindió de la información recogida en el proceso, especialmente en la aclaración producida a instancias del Ministerio Público (fls. 134), como bien lo recuerda el fallo criticado (fls. 141). No se desentendió tal prueba, del tiempo de consumo alcohólico (veinticuatro horas) -fls. 114-, de la clase de licor ingerido, como tampoco pudo hacerlo del desayuno que al amanecer se sirviera en la casa de la Herazo, el cual debió aliviar la ingesta alcohólica, ni menos de la forma como se comportó durante la reunión el procesado, ni las características de su actuación al momento del atentado ("vine por ti"), ni las amenazas contra quien se atreviera a indagar por lo sucedido, no se callara y tratara de intervenir.

Tampoco fue ajena tal peritación a las condiciones en que la policía lo capturó (¿aparentes o reales?) pero que de todas maneras aparecen visibles en autos así el agente Chaves no haya concurrido a declarar esta conocida y apreciada situación del procesado. Razón tiene la Delegada, cuando, al referirse a la ausencia de la versión de éste, tiene sus noticias por "dilucidadas con precisión a través de la investigación, haciendo de la prueba omitida, desde este punto de vista, un medio de convicción superfluo porque no aportaría a la investigación nada diverso a la ratificación de los hechos comprobados por otra vía".

En tema como el analizado tiene que advertirse que la pericia, que no fue objetada en momento alguno y apenas recibió el estímulo de una aclaración, dio base para entenderla como la negación en el sentenciado de un estado de transitorio trastorno mental (la intoxicación aguda, no patológica, se valoró como posibilitante de un obrar con conocimiento y voluntad, aunque con las brumas propias de la embriaguez). Las instancias abundaron en razones para recibirlas en este sentido y el distanciamiento que la demanda marca sobre su mérito y significación, no logra el propósito de mermarle eficacia, ni de tener esta situación como demostración de la violación del derecho de defensa, cabalmente ejercido durante el total desarrollo del proceso, al menos con la valoración que al respecto domina en la jurisprudencia.

Igualmente improcedente resulta la crítica al dictamen de balística, pues ya se ha dicho en decisiones de la Corte que acudir a un nivel superior de técnicos dejando de lado

peritos más próximos, no invalida ni desacredita el dictamen así obtenido. El resultado del mismo fue manejado por las instancias en forma afortunada y esto se dice al considerar la aparente, sugestiva y ligera conclusión de no haber sido Cano el autor de los disparos, hecho positivo fehacientemente demostrado en autos, sino el que de manera astuta se dejó sorprender con arma diferente de la que realmente utilizara, para crear aspectos a su favor.

III. Violación del debido proceso por haberse proferido resolución de acusación contra un inimputable

En este aparte sólo se destaca el que la pericia sobre la cual se ha fundado su normalidad psíquica, apenas apareció durante la etapa del juicio, cuando debió antecederle a la Resolución Acusatoria.

Respuesta. La Delegada, al sintetizar esta objeción, tiene oportunidad de anotar "que no se profundizó en modo alguno en el tema ni se ocupó el libelista de analizar la trascendencia del vicio en el contenido mismo del fallo censurado".

Y luego, al responder concretamente al cargo, advierte "que las circunstancias procesales vigentes a la época del proferimiento de la resolución de acusación, apuntaban a la demostración de que Cano Alvarez no padecía trastorno mental al momento de accionar el arma homicida, según quedó visto, pues si bien se sabía de su ebriedad, los claros testimonios recaudados durante la etapa sumarial acreditaban un actuar consciente y voluntario que no traducía dudas para el juzgador.

"Por otra parte, es incuestionable que el proceso se adelantó bajo los postulados normativos del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050 de dicho año), en el cual no se hacía diferencia en el juzgamiento de imputables o inimputables frente al jurado de conciencia, como sí sucedía en el anterior ordenamiento procesal, y por ello la situación de inimputabilidad al momento de la calificación del mérito del sumario no representaba circunstancia alguna que impusiera trámite diverso del que se le imprimió al proceso. Por lo demás, como aun en contra de un inimputable puede, si se dan los requisitos legales del caso, proferirse resolución de acusación, su proferimiento en estas circunstancias no impone anulación alguna de lo actuado".

Debe agregarse que si bien es aconsejable, dentro de una buena práctica de justicia, el dejar definido el estado mental de un procesado, antes de una Resolución Acusatoria, máxime cuando el asunto ha suscitado pareceres encontrados, su demostración, durante el juicio, no constituye un motivo de anulación, pues el procedimiento aplicable a este proceso, y el actual, no se altera sustancialmente, permitiéndose el correctivo al momento de proferirse la sentencia, oportunidad en la cual se aplicará una medida de seguridad en vez de pena; en caso contrario, esto es, cuando la modificación implicaría mudar una medida de seguridad (se había reconocido la inimputabilidad del procesado) a una pena (plena imputabilidad), la vía reconocida por la jurisprudencia es la de decretar la correspondiente nulidad para formular una acusación conforme a esta nueva situación. El punto cuestionado no alcanza, entonces, aun dentro de la tesis del casacionista (insanidad mental del procesado) para invalidar el fallo emitido, pues de ser cierto o aceptable el planteamiento, la cuestión podría resolverse en la sentencia.

De otro lado, la censura rendría que partir de la demostración de advertir ahora que el estado psíquico de Cano Alvarez sólo daba para ser considerado como inimputable, cuando la realidad es otra y la cuestión ha sido debatida y puesta en su exacta órbita en la réplica dada al precedente cargo.

No es viable, entonces, que luego de demostrarse anteriormente el estado de normalidad en el procesado y por tanto sujeto a apenas, ahora se admita, por simples enunciados, conclusión diferente. La coherencia dialéctica lleva a que lo definido en aparte antecedente tenga plena aplicación en éste, sin necesidad de abundar en otros razonamientos.

IV. Violación de los principios de favorabilidad y legalidad por haberse celebrado la audiencia de juzgamiento sin intervención del jurado de conciencia

El fundamento de esta pretensión se ubica en que, para la época en que ocurrió el homicidio y se formuló la Resolución Acusatoria (julio 17/89) la legislación mandaba la intervención de los jurados, sistema que luego varió (D. 1861/89, art. 37, agosto) pero que, en apreciación del recurrente y considerando su mayor favorabilidad, no podía aplicarse de inmediato a este proceso.

Respuesta. La Sala ha desestimado en forma reiterada una censura de esta naturaleza. Encuentra ella, y no se dan razones para variar de criterio, que ambas formas de juzgamiento (ante jueces de derecho o ante jueces de conciencia) representan una válida forma de administrar justicia dependiendo su aplicación de lo que la ley mande al respecto, al momento de celebrarse la correspondiente audiencia. La excepción señalada a este respecto sólo contempla la hipótesis de darse una efectiva, real y actual intervención del jurado, pero no la posibilidad de su actuación.

Además nunca se ha supeditado la vigencia de un determinado procedimiento a la fecha de comisión del ilícito, así con posterioridad a ésta devengan variaciones de trámite, salvo lo atinente a su consultabilidad, tema que también ha esclarecido esta Sala. Tal circunstancia sí tiene una vital importancia en cuanto a las consecuencias punitivas. Conviene señalar, de otro lado, que la primera citación para audiencia se determinó para el 18 de enero de 1990, y la segunda para abril 6/90, cumpliéndose tan sólo el treinta de este mes y año.

Sobre punto tal la Delegada hace precisiones incuestionables y tiene ocasión de reprender, severamente, al memorialista cuando por toda forma de argumentación para sacar avante su tesis, sólo acierta en adjudicar una gratuita y ciega obediencia al criterio del superior, situación que apenas sería dable insinuar y comentar en la alternativa extrema del desechamiento de un primer veredicto, pero no cuando el Tribunal ni siquiera ha conocido de la Resolución Acusatoria.

Conviene, para que el abuso conceptual no se quede indemne, reproducir el concepto fiscal: "pero no puede sostenerse que en tratándose de confrontación entre audiencias con jurado y sin él, se afirme que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra, y menos sustentarlo en que los jueces de derecho están sujetos al criterio jurídico que les impone su superior jerárquico y a la diferencia de sistema de apreciación de las pruebas, que hace el juzgamiento por el tribunal popular más favorable para los intereses de la defensa.

"En efecto no puede argüirse para desecharse al juez de derecho, la falta de independencia de los juzgadores de primera instancia con los de segunda, pues al parecer el libelista no ha entendido el espíritu democrático de la justicia que se encuentra inmerso en el principio de la doble instancia, pues precisamente con éste se busca indudablemente proteger las garantías de los sujetos intervinientes en el proceso penal, para asegurar con él una resolución más integral y autorizada de los puntos controvertidos y objetados por la parte interesada, a fin de darles mayor estructuración y certeza a las decisiones que profieran los funcionarios judiciales o para restablecer el derecho conculcado o la justicia denegada. El no entenderlo así conlleva a que se coloquen en tela de juicio la imparcialidad, la independencia, la entereza y la rectitud de los funcionarios judiciales de primer grado.

"Tampoco, estima esta oficina, que los sistemas de valoración de la prueba utilizados por el juez de derecho y por el de hecho impliquen mayor favorabilidad para el procesado, según el caso. Pero es de resaltar que el sistema de la santa crítica le impone al juez de derecho el deber de señalar los hechos, las razones y los motivos de su convencimiento, por lo que el sistema valorativo es más científico y ofrece mayor garantía a las partes, ya que en caso de inconformidad se puede ejercer el contradictorio con mayor amplitud, mientras que el sistema que conduce a una decisión de verdad sabida y buena fe guardada, el contradictorio es más reducido, toda vez que al impugnarlo le genera al recurrente mayor dificultad en la medida en que ignora bajo qué parámetros el *iuri* valoró los elementos de juicio y cuáles fueron los que tuvo a su consideración".

Pero, en definitiva, para responder el cargo basta reproducir lo que constituye actualmente tesis reiterada de la Sala, citándose al respecto el siguiente pronunciamiento: "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 del artículo 74 y del 66, en lo pertinente a jurado de derecho, del Código de Procedimiento Penal, Sentencia número 226 junio 17/93. M. P.: Fabio Morón". (M. P.: Gustavo Gómez Velásquez, julio 16/93).

V. Nulidad por Violación del Derecho a la Defensa por Falta de Defensa Técnica

Como demostración de ello se cita la no objeción de la pericia sobre la cual se edificó la imputabilidad del procesado y el desistimiento de los recursos de reposición y apelación introducidos contra la Resolución Acusatoria.

Respuesta. Ciñéndose la Sala al ámbito de la objeción, tiene que reiterar lo que la jurisprudencia viene consintiendo como interpretación plausible del derecho de defensa, o sea, que la tolerancia hacia un medio de prueba o la no interposición de recursos, así se trate de piezas fundamentales (v. gr. auto de medida de aseguramiento, vocatorio a

juicio, sentencia), o la renuncia a que se concluya el trámite de los interpuestos, no es indicativo por sí de una defectuosa asistencia profesional. Y su inefectividad reprochable tampoco es dable deducirla a *posteriori* o a expensas de lo que piensen otras personas. Cada togado, frente a las variadas facetas de un proceso, tiene su propia fórmula para procurar y obtener los mejores resultados y esta personal apreciación, que no se puede entender como caprichosa sino el fruto de una idónea preparación y enfoque, la suele respetar la Corte. Sólo en casos de manifiesta abulia, imperdonable descuido, ignorancia supina, insufrible desacierto, evidente inidoneidad, es dable introducir un drástico correctivo. Pero mientras la instrucción aparezca debidamente vigilada, por el apoderado, contribuya a su formación con un acopio de probanzas, esté atento a escuchar enteramientos y pueda entenderse como razonable, centro de las perspectivas de una estrategia de defensa, tal intervención, así no sea la más dinámica o aconsejable, tiene que contar con cierta atendible dosis de aquiescencia, muy distante sí del beneplácito o la alabanza.

Tal como estaba compuesto el dictamen, y su aclaración, la índole de los elementos echado de menos aun por el propio experto, así como la argumentación ofrecida por considerar imputable al procesado, bien pudo llevar a pensar a su apoderado que la táctica más aconsejable era evitar la intervención del Tribunal y reservar todo el peso de su análisis para el debate público y las consiguientes actuaciones. Esto se confirma con la observación que puede hacerse del alegato de audiencia, especialmente en lo relacionado con el aparte: "Segunda tesis para absolución" -fls. 47 y ss.-.

Resulta pertinente adicionar lo dicho con las siguientes glosas de la Delegada:

"Debe anotarse que el libelista en este ataque, como en los anteriores, considera que al no objetarse el dictamen dentro del término legal y al desistirse de los recursos en contra de la resolución de acusación por el defensor, se cercenó el derecho a la defensa del procesado por falta de defensa técnica, pero no demostró los errores *in procedendo* que denuncia y su trascendencia frente a los fallos de instancias, por lo que dejó la censura en el solo enunciado, que la Corte no puede entrar a complementar en virtud del principio de limitación.

"Ahora bien, por el contrario a lo sostenido por el censor, observa esta Delegada que durante todo el proceso contó el acusado con la asistencia de abogados de su confianza, puesto que tanto el defensor principal y su suplente actuaban de manera simultánea a lo largo del proceso, pues desde la misma captura contó con su apoderado para rendir su versión libre y espontánea ante la institución policial, quien fue el mismo que lo acompañó en la etapa sumarial en concurso de otro profesional del Derecho. Las pruebas solicitadas fueron decretadas en su debida oportunidad por los respectivos funcionarios judiciales por estimarlas conducentes y pertinentes para con el objeto de la investigación.

"El dictamen pericial, a que tanto alude el casacionista a lo largo del libelo, fue objetado por el Ministerio Público como sujeto procesal y guardián de la legalidad de las actuaciones que se cumplen en el plenario, por considerarlo que fue emitido sin la suficiente claridad y por tal motivo se procedió a su aclaración, desechando, una vez más, el estado de inimputabilidad del procesado.

"No entiende esta Procuraduría el calificativo de 'ilegal' que le da el censor a la resolución de acusación, si de ella se desprende de manera clara el cargo formulado, su

modalidad fáctica y jurídica y la manera como se comprometió su responsabilidad libre de toda conjetura y adivinaciones o esfuerzos dialécticos de complementación o exclusión, que dificulte la actividad defensiva del procesado, como quedó atrás reseñado".

Los cargos se desechan.

El Ministerio Público, de su propia iniciativa, acota:

"El artículo 44 del Código Penal establece como duración máxima de la pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas hasta diez años, prohibición de consumir bebidas alcohólicas hasta tres años. El juez de primera instancia, sobre este aspecto, consignó textualmente:

"Como la pena de prisión lleva consigo las penas accesorias establecidas en el artículo 42 del C. P., también deben imponérsele al enjuiciado las señaladas en los numerales 3°, 5° y 7° por un período igual al de la pena principal".

"Desbordó así los límites punitivos señalados en el precitado artículo del Código Penal y atentó gravemente en contra de los derechos fundamentales de los procesados, en la medida en que se los sometió a sanciones no previstas en la ley; situación que ratificó al impartir su confirmación parcialmente, cuando sostuvo:

"'En lo demás se mantendrá la sentencia en examen por encontrarse bien deducidas las sanciones accesorias como correctamente valorados los perjuicios ocasionados con el ilícito'.

"La violación del principio de legalidad de la pena se encuentra, entonces, de manera clara y ostensible en los fallos de instancia, en cuanto a estas dos penas accesorias, a fe que en las decisiones que se les impuso a los sentenciados, de manera separada, las penas accesorias a que hacemos mención por un tiempo igual al de la pena principal, que para el de primera instancia fue de 17 años y el de segunda 14, se entiende que ésta no corre paralelo con la de prisión, pues se separa de ella, sino que debe comenzar a ejecutarse una vez agotado el plazo de encerramiento del sentenciado, tal como lo dispone el artículo 55 del Código Penal.

"Así las cosas, cuando el fallador de segundo grado confirmó parcialmente la de primera, le impuso al procesado la sanción accesoria en catorce años -tiempo de la pena principal-, desbordó los límites punitivos señalados en el artículo 44 de la codificación penal, para los numerales 3º y 7º del artículo 42*ibidem*, no quedando camino diverso para corregir el error de la sentencia que el de declarar su nulidad parcial, a fin de que se atempere la sanción de los cánones legalmente previstos".

Tiene toda la razón la Delegada en su crítica. Las accesorias deben dispensarse dentro de los términos de duración que para ellas determina el Estatuto Penal, y la cuestión es tanto más entendible cuando puede advertirse que, durante el término de purgamento de la pena privativa de la libertad, tales sanciones tienen un efectivo cumplimiento. De ahí, entonces, que las comentadas accesorias sufrirán la modificación recomendada por el Ministerio Público, determinación que se asumirá de oficio en razón de la ilegalidad de esas dos penas accesorias, al tenor de los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal.

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:

Casa parcialmente la sentencia impugnada, señalada en su origen, fecha y contenido, en lo que dice relación con las penas de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de ingerir bebidas embriagantes, las cuales se fijan, respectivamente, en cinco (5) y tres (3) años. En lo demás rige el amparado fallo.

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. Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

La norma procesal (art. 99 C. P. P.) es clara en señalar al funcionario judicial que propone el conflicto de competencia que remita el proceso con auto motivado a quien estime ser el competente, para que el destinatario, a su vez, acepte o rechace las afirmaciones expuestas por el remitente; en este último evento deberá proferir auto exponiendo las razones de su negativa, y entonces sí, enviarlo al superior.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión de competencias número 8814.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 93.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

Se pronuncia la Corte en torno a la colisión de competencias surgida entre los Juzgados Catorce Penal Municipal de Barranquilla (Atlántico) y Promiscuo Municipal de San Estanislao, Bolívar.

Antecedentes

El veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y tres el Juzgado Catorce Penal Municipal de la ciudad de Barranquilla inició investigación previa, conforme al artículo 14 transitorio del Decreto 2700 de 1991, a fin de determinar si había lugar al ejercicio de la acción penal en contra de Gonzalo Ramos Quiroz, por el delito de calumnia. Para tal efecto ordenó la práctica de pruebas, entre otras, la versión libre del sindicado.

Posteriormente, con proveído del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y tres abrió formalmente la instrucción durante la cual se recibieron varios testimonios; luego, por auto de trece de agosto siguiente, ordenó remitir las diligencias al Juez promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar) por competencia, en razón al factor territorial. Este a su vez rechazó las pretensiones del juez remitente, le propuso colisión de competencias negativa y directamente envió el proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte para que de plano dirima el conflicto.

Consideraciones de la Corte

Múltiples han sido las precisiones jurisprudenciales en torno al cumplimiento necesario de los requisitos procesales para pregonar la existencia del conflicto de competencias y para que la Sala pueda entrar a estudiar el fondo del asunto.

En efecto, la norma procesal (art. 99 C. P. P.) es clara en señalar al funcionario judicial que propone el conflicto de competencia, que remita el proceso con auto motivado a quien estime ser el competente, para que el destinatario, a su vez, acepte o rechace las afirmaciones expuestas por el remitente; en este último evento deberá proferir auto exponiendo las razones de su negativa, y entonces sí, enviarlo al superior.

Con lo reseñado en el acápite de los antecedentes, es claro entonces, que el Juez Promiscuo de San Estanislao no ha dado cumplimiento de rigor a la norma procesal, habida cuenta de que omitió remitir el expediente al Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla, para que éste analizara los motivos expuestos por aquél y procediera de conformidad.

En este orden de ideas, es nítido que en este momento no se ha trabado en debida forma el conflicto de competencias, por lo que la Corte se abstendrá de desatarlo, disponiendo la devolución del expediente a la oficina de origen, para que concluya el trámite de rigor.

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

RESUELVE:

Abstenerse de desatar el conflicto negativo de competencias que se suscitó entre los Juzgados Catorce Penal Municipal de Barranquilla (Atlántico) y Promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar).

Disponer que el expediente vuelva a la oficina de origen para que prosiga el trámite del incidente conforme se dejó expuesto 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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El conflicto de competencia que se suscite "entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República" lo resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por expresa disposición del artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión. Radicación número 8819.

Magistrado Ponente. Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 093.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

De plano dirime la Corte el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar y uno de los Juzgados Regionales de Barranquilla, en el proceso que por el delito de porte ilegal de armas y municiones se sigue contra Alberto Vargas y Salvador Delgado Vargas.

Antecedentes

Según los informes del 9 y 10 de febrero de 1988, el primero suscrito por un Suboficial del Batallón de Artillería número 2 "La Popa" y el segundo por el Jefe de la Sijín del Departamento del Cesar, después de la toma del municipio de Becerril (Cesar) por frentes guerrilleros de las FARC y el ELN, ocurrida la madrugada del 9 de febrero de 1988 y del frustrado asalto al Cuartel de la Policía, con el resultado trágico de la muerte de Guillermo Quintanilla Durán, se produjeron varios allanamientos en los que unidades del citado Batallón incautaron, entre otros, los siguientes elementos: en la residencia de Alberto Vargas, una pistola 9 mm. un proveedor, ocho cartuchos para la misma, dos chapuzas para revólver. 41 "estopines" Winchester. 3 peras con pólvora, 6 libras de perdigones e impresos con propaganda del partido comunista y en poder de Salvador Delgado Vargas un revólver calibre 38. seis cartuchos para éste y 24 vainillas de 7,62.

Habiendo adelantado la investigación el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal Ambulante de Valledupar en calificatorio del 20 de agosto de 1988 cesó procedimiento en favor de todos los vinculados por los delitos de homicidio, terrorismo y violación del Decreto 180 de 1988, dictó resolución acusatoria contra Alberto Vargas y Salvador Delgado Vargas por violación del Decreto 3664 de 1986, en la modalidad del *porte de arma de fuego de defensa personal sin permiso de autoridad competente* (resalta la Sala) y ordenó compulsar y enviar copias al Juzgado competente para "la investigación con respecto a la violación del Decreto 3664 de 1986 artículo 1º".

En firme la anterior decisión, correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar avocar el conocimiento y mediante auto del 8 de noviembre de 1988 declaró la legalidad de la resolución acusatoria y ordenó iniciar la etapa del juicio; por auto del 21 de ese mismo mes y año declaró la apertura a pruebas, permaneciendo inactivo el proceso desde el 5 de diciembre de 1988, cuando la Secretaría informó que había transcurrido el traslado por tres días sin que las partes solicitaran pruebas, hasta el 22 de agosto de 1991, cuando con base en el Decreto 2790 de 1990, el Despacho ordena enviar el expediente al Juzgado Superior (reparto) por competencia.

Allí correspondió al Juzgado Tercero Superior por reparto del 26 de agosto de 1991, se radicó el expediente al día siguiente y el 6 de febrero de 1992 señaló por primera vez fecha para la celebración de audiencia, aplazada en seis oportunidades finalmente se realizó por el mismo juzgado, pero ahora como Octavo Penal del Circuito el 11 de mayo de 1993 y estando para dictar sentencia resolvió, mediante auto del 27 de mayo del presente año, declararse incompetente y enviar el asunto al Juez Regional de Barranquilla, con base en los siguientes argumentos:

a) "Hoy los jueces regionales conocen de por lo menos ocho eventualidades típicas de las consagradas en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986. Igualmente conocen de las modalidades del artículo 2º del mismo decreto... (armas y municiones de uso privativo). Complemento de lo anterior es el Decreto 1676 de 1991, que modificó el artículo 30 del Decreto 2790 de 1990, para asignar competencia a los antiguos jueces superiores, hoy penales del circuito, para conocer de una sola modalidad verbal del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, cual es el simple porte de armas o municiones";

b) ".. Según el acta de decomiso de municiones al señor Alberto Vargas... existen 41 estopines Winchester, los cuales impiden que sigamos conociendo de este proceso. En primer lugar, independientemente de que estos estopines sean o no de uso privativo de las Fuerzas Armadas, el despacho considera que así se miren como de defensa personal. La conducta del señor Alberto Vargas respecto a ellos, era la de almacenar, modalidad verbal que les asigna competencia a los jueces regionales de todas formas. (Sin embargo, este funcionario estima que estos estopines por su uso específico que tienen -explotar dinamita- son de uso privativo de las Fuerzas Armadas). En segundo lugar, si bien es cierto que la conducta del señor Salvador Delgado Vargas no tiene nada que ver con la justicia regional, pues a él solo se le encontró un revólver 38 largo Smith & Wesson con seis cartuchos, esto no es motivo válido ni para decretar nulidades parciales, ni para compulsar copias para investigarlo por separado, pues al existir una conexidad procesal por comunidad de medios probatorios, lo más aconsejable para la administración de justicia, es que el juez de mayor jerarquía conozca también de este delito...".

Por su parte el Juzgado Regional de Barranquilla al que correspondió el asunto despachó negativamente la presunta competencia y provocó la colisión argumentando que la medida de aseguramiento lo fue por violación al artículo primero del Decreto 3664 de 1986, la resolución acusatoria concretó el cargo en porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y el perito que examinó el material incautado sobre los perdigones y fulminantes dijo: "Esto se utiliza más que todo para recebar tiros o cartuchos de escopetas". Considera irrisoria la cantidad de fulminantes para tenerlos como modalidad de almacenamiento. Refuerza su posición con tesis del Tribunal Nacional que apoyado en doctrina especializada sostiene que la pólvora no es un explosivo sino un propelente cuya función en los cartuchos para armas de fuego es la de impulsar el proyectil y que tampoco lo son los fulminantes porque su detonación es de naturaleza física y no química.

Consideraciones de la Sala

El conflicto de competencia que se suscite "entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República" lo resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por expresa disposición del artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal vigente, como en el presente caso donde uno de los Juzgados Regionales de Barranquilla enfrentó negativamente la competencia que le atribuía el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar atendiendo a la naturaleza de la conducta objeto de juzgamiento.

En primer término se hace necesario precisar la competencia que tenía el instructor que siempre, en todas sus decisiones, se refirió al Decreto 180 de 1988, desde el auto de apertura de la investigación (12 de febrero de 1988), el que resolvió la situación jurídica de los implicados (2 de marzo de 1988), hasta el calificatorio (20 de agosto de 1988). El Decreto 1631 del 27 de agosto de 1987 creó los jueces de orden Público y les dio competencia para investigar y fallar (artículo 5º) las conductas punibles previstas en el Código Penal cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas (artículo 1º). Posteriormente el Decreto 181 del 27 de enero de 1988 atribuyó a los Jueces de orden Público competencia para conocer, entre otros, de los delitos tipificados en el Decreto 180 de esa misma fecha, la que fue modificada por el artículo 2º del Decreto 474 del 16 de marzo de 1988, que precisó.

"Artículo 25. Mientras se designan y asumen funciones los Magistrados y Jueces de orden Público continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refiere el artículo 2º del presente Decreto, los Jueces y Magistrados que hasta la fecha de su expedición tenían la respectiva competencia".

Significa lo anterior que la actuación del Juez Tercero de Instrucción Criminal Ambulante de Valledupar estuvo revestida de toda legalidad, tanto para instruir los asuntos de orden público como los de la justicia ordinaria; así, la resolución acusatoria que profirió contra Alberto Vargas y Salvador Delgado Vargas, por sendos delitos de "porte de arma de fuego de defensa personal sin permiso de autoridad competente" no está afectada por vicios derivados de la incompetencia y como para entonces conocían de tal conducta, en la etapa del juicio, los Juzgados del Circuito y posteriormente por virtud del Decreto 2790 de 1990 los Juzgados Superiores, entonces la polémica se concreta al campo donde efectivamente está planteada.

Celebrada la audiencia pública el Juez Octavo Penal del Circuito de Valledupar (antes Tercero Superior) consideró que carecía de competencia para conocer del asunto porque en poder de uno de los encausados, Alberto Vargas, habían sido hallados cuarenta y un (41) estopines que tienen como uso específico explotar dinamita y, agrega, así se miren como de defensa personal la conducta de su poseedor era la de almacenar y ésta debe ser investigada por los jueces regionales.

Desconoció el inicial promotor de la colisión la existencia de dos elementos que desvirtúan los fundamentos de su criterio: el dictamen sobre el material que causa su inquietud donde, como anota el Juez Regional, el perito precisa que el uso normal de los fulminantes inspeccionados es "para recalzar tiros o cartuchos de escopetas" y, de mayor contundencia, el contenido de la resolución acusatoria que convocó a juicio a cada uno de los encartados como "autor de violación al Decreto 3664 de 1986, artículo 1º (porte de arma de fuego de defensa personal sin permiso de autoridad competente)", decisión basada en una motivación que no por precaria deja de ser precisa: "cuando los señores Salvador Delgado Vargas y Alberto Vargas reconocen que sin permiso de autoridad competente, portaban un arma de fuego de defensa personal, están violando el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, y se demuestra la tipicidad del hecho". Para nada se mencionan, ni en las consideraciones ni en la decisión, los fulminantes o la pólvora decomisados, en cambio sí en el numeral sexto ordena compulsar copias para que el Juzgado competente prosiga la investigación con respecto a la violación del Decreto 3664 de 1986, artículo 1º.

Una vez ejecutoriado el vocatorio a juicio y formalizada su legalidad, que para entonces era de rigor, se convirtió en ley para el juzgador y las partes sin que se pueda desconocer su contenido o extender su alcance más allá de las fronteras típicas que allí quedaron demarcadas, según pretende ahora el Juez del Circuito, intentando la cobertura de una conducta sobre la cual ninguna referencia hace la resolución distinta de la expedición de copias. Ilegal entonces, por contrariar al debido proceso, resulta pretender el juzgamiento ahora en esta misma causa del almacenamiento de unos estopines o fulminantes con fines terroristas cuando la pieza procesal fundamento de la acusación ningún reproche concreta a este respecto.

La competencia, como viene, ha de continuar en cabeza del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar como en tal sentido se pronunciará la Sala, sin que pase inadvertido el prolongado lapso de inactividad que padeció la causa y que la pone al borde de la prescripción, motivo que impone a ordenar las copias que ante la autoridad competente permitan formalizar responsabilidades.

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

RESUELVE:

Primero. Declarar que la competencia para conocer del presente proceso, en su etapa de juzgamiento, está radicada en el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar.

Segundo. Dese noticia de esta determinación al Juez Regional de Barranquilla.

Tercero. Por la Secretaría de la Sala expídanse con destino a la autoridad disciplinaria competente las copias del expediente que se anuncian en la parte considerativa.

Cúmplase y en forma inmediata 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

Cuando se alega nulidad por no haberse practicado pruebas, tócale al actor demostrar que esas pruebas cuya práctica se omitió de obrar en el proceso habrían cambiado el sentido del fallo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8081. Casación.

Aprobado Acta número 93

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz* .

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de agosto de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a Félix Edmundo Ramírez a 18 años de prisión por los delitos de homicidio, hurto y porte ilegal de armas.

Antecedentes

1. Los hechos que dieron origen a este proceso los relató el Tribunal de la siguiente manera:

"...Ocurrieron el día 4 de marzo de 1991, cuando el joven Nelson Augusto Moncada, quien se movilizaba en una motocicleta Yamaha DT 175, color gris, modelo 1988 de placa venezolana, propiedad de su hermano Henry Moncada, quien en la tarde de ese día se la había facilitado, fue interceptado por dos sujetos en inmediaciones del Canal de Puente Barco, a la altura de la curva del barrio Cuheros Niño, los que luego de identificarse como miembros del F-2, emprendieron el recorrido por la calle 19 con el Canal, en la misma moto de Nelson, ubicando a éste esposado con las manos atrás, en medio de los dos, para luego en la avenida 4ª entre calles 18 y 19, a eso de las 5:45 p.m. bajarlo, disparándole con arma de fuego, causándole seis heridas que le produjeron la muerte".

Se dio aviso de esos hechos a la policía, que montó el operativo de rigor. A los pocos minutos, una de las patrullas capturó al agente de la policía Félix Edmundo Ramírez, quien conducía la referida motocicleta, a la cual se le había reventado la cadena. Nervioso, Ramírez, quien se encontraba de vacaciones y, por consiguiente, vestido de civil, entregó

a la patrulla, sin dar explicación alguna, un revólver calibre 3.57 tipo Magnum considerado arma de defensa personal, recién disparado.

2. El Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal abrió la investigación e indagó al capturado Ramírez (fls. 69 y ss.), quien dijo que ese día había llegado a Cúcuta a las 5 de la tarde, aclarando que venía del Corregimiento de Cornejo, y que cuando se disponía a conseguir en arriendo una habitación, fue capturado. Señaló que minutos antes de su aprehensión, había pasado una pareja que venía en la motocicleta, paró, la abandonó, al igual que el referido revólver, elementos que él recogió como policía que es.

Allegados del procesado declararon ser cierto que éste llegó a Cúcuta al caer la tarde. Otras personas, en su mayoría agentes de la policía, declararon haber visto al policía Ramírez esa mañana del día 4, "rondando" por el sector. Finalmente, otros testigos describieron a la persona que conducía la moto, descripción que coincide con la del procesado Ramírez. Con estas últimas personas se practicó inspección judicial en el sitio de los hechos, constatándose que sí estaban en capacidad de observar lo que declararon (fls. 464 y ss.-2). Los mismos declarantes reconocieron a Ramírez en fila de personas (fls. 287 y ss.-2), diligencia que debió aplazarse varias veces, debido a que el procesado, quien al momento de su captura presentaba algo de barba, se rasuraba el rostro cada vez que la misma iba a practicarse (fls. 239 y ss.-1).

También se practicaron sendas inspecciones judiciales a la motocicleta y al revólver y se obtuvo dictamen del Instituto de Medicina Legal en el sentido de que dos de los proyectiles encontrados en el cuerpo de la víctima son calibre tipo blindado 7.65, disparados por arma de fuego tipo pistola (fls. 188 y 209 del cuaderno número 1 y 484 del cuaderno número 2).

Como se dijera en el proceso que la persona que acompañaba a Félix Edmundo Ramírez en la mañana de los hechos era el Sargento Segundo Alberto Lindarte Pedraza, se le oyó en indagatoria (fls. 496 y ss.-2), diligencia en la que se mostró totalmente ajeno a los mismos.

El Juzgado dictó auto de detención en contra del primero de los nombrados y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en relación con el Suboficial Lindarte Pedraza.

3. Cerrada la investigación el Juzgado la calificó con resolución acusatoria contra Ramírez por los delitos de homicidio -agravado por la indefensión-, hurto -calificado y agravado- y porte ilegal de armas. En la misma providencia -de fecha 3 de julio de 1991 (fls. 519 y ss.-2)- se decidió reabrir la investigación respecto del Sargento Lindarte Pedraza.

Apelada esa providencia calificatoria, el Tribunal la confirmó enteramente (fls. 565 y ss.-3).

El Juzgado Quinto Superior de Cúcuta celebró audiencia pública el 24 de marzo de 1992 (fls. 627 y ss.-3) y dictó sentencia de 23 de abril de dicho año (fls. 696 y ss.), de conformidad con la cual, en consonancia con la acusación, condenó al procesado Félix Edmundo Ramírez a la pena principal de 18 años de prisión, a la accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, ordenando el decomiso del revólver.

Apelado el fallo por el defensor (el mismo casacionista), el Tribunal lo confirmó íntegralmente (fls. 15 y ss.-4)

Esa sentencia de segundo grado es la que ha sido objeto del recurso extraordinario.

La Demanda

Al amparo de la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor ataca el fallo, con la advertencia de que la inocencia se presume y de que la carga de la prueba corre a cargo del Estado. "A pesar de estar debidamente probado -dice- que el occiso señor Nelson Augusto Moncada Martínez murió a causa de la herida de pistola, la sentencia no tiene en cuenta esta prueba y señala como responsable a Ramírez con fundamento en el revólver que se le encontró", no obstante que para ello se debieron practicar una serie de pruebas que fueron omitidas (fls. 45). La nulidad, pues, es por omisión probatoria.

Estima que, así, se debieron practicar las siguientes pruebas:

1. Inspección judicial en el lugar de los hechos. Dice: "Establecido el lugar donde se perpetró la muerte, lógico e inaplazable para un juez de instrucción era dar aplicación inmediata al artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando la diligencia de levantamiento se practicó casi inmediatamente a la ocurrencia (sic) de los hechos" (fls. 46).

2. Inspección judicial sobre la motocicleta, "a fin de buscar huellas dactilares que permitieran establecer, junto con los demás rastros o señales que pudieran encontrar, de quién eran esas huellas. Esto también lo omitió el Juez Veinticuatro de Instrucción Criminal y toda la investigación se encausó dando por hecho que Ramírez era el conductor de la moto, la cual fue decomisada el mismo 4 de marzo por la policía, en lugar donde se encontraban Ambrosio Rico y Félix E. Ramírez" (fls. 48).

3. Declaración "inmediata" de Ambrosio Rico, "quien no sólo vivía en el inmueble, al lado donde estaba la moto, sino que en ese inmueble tenía un taller para motos. Luego no era casual que la moto estuviera en ese sitio y el Juez omitió practicar la prueba correspondiente para que de manera inmediata aclarara por qué estaba al lado de la moto. El haberse omitido esta prueba en su momento y haberse dilatado hasta mucho después, sirvió para que se presumiera a Ramírez como la persona que montaba la moto, hasta el punto de que de posible sospechoso Ambrosio Rico pasó a ser considerado como testigo respecto a la versión de Ramírez en su indagatoria..." (fls. 49).

4. Se omitió solicitar al Instituto de Medicina Legal "aclaración sobre la autopsia o necropsia del occiso respecto a la posibilidad de que el cuerpo del occiso tuviera más balas o, al menos, para que le explicaran qué balas tuvieron orificio de entrada y de salida y cuáles sólo orificio de entrada" (fls. 49).

5. El Juzgado Quinto Superior negó por inconducentes unas pruebas, "a pesar de que se trataba de ampliación de testimonios de los presuntos testigos de cargo que habían

incurrido en graves contradicciones y sólo tenían un eje único de unión, la presencia de un 'hombre barbado', pero que lo describen con distinta ropa, altura y hasta color" (fls. 50).

Estima que esas pruebas eran "fundamentales" para tener o no la certeza de la autoría del procesado, y que éste "nunca tuvo oportunidad de defensa porque lo que dijo pareció ridículo al juzgador..." (fls. 51).

Por discrepar de la manera como se efectuó la diligencia de reconocimiento en fila de personas, subsidiariamente formula otro cargo contra la sentencia, al amparo de cuerpo segundo de la causal primera de casación (violación indirecta).

Considera que tal diligencia "se hizo con el procesado Félix Edmundo Ramírez, barbado, y seis personas más totalmente rasuradas. La constancia dejada por la defensa no tuvo eco en la señorita Jueza, quien, a su vez, dejó constancia de que aunque los otros seis no estaban barbados, algunos parecía que llevaban un día sin afeitarse, luego no era muy importante lo sentado por el abogado defensor" (fls. 53).

Recuerda que inicialmente la diligencia de reconocimiento no se llevó a cabo, por estimar el instructor que como el procesado se había rasurado, esa diligencia resultaba "inocua", dado que la barba del procesado configuraba en este caso una "característica morfológica".

Dice que entonces se "apreció erróneamente" esa prueba, lo cual constituye un error de hecho (fls. 54), y recalca que "la diligencia de reconocimiento ha debido llevarse a cabo con todos los sujetos que participaron barbados y procurando además que todos tuvieran ropas semejantes"

Copia el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal anterior, que describe la manera de hacer el reconocimiento en fila de personas, y concluye solicitando se absuelva al procesado, bien prospere el primer cargo o el segundo (fls. 55).

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal concepta así en relación con los cargos:

Cargo primero

Dice el señor Procurador Delegado que el cargo de nulidad por falta de pruebas no puede prosperar. "Si en su sentir -dice- debieron practicarse algunos medios de prueba con la celeridad a que se refiere, esta sola circunstancia no constituye violación alguna al derecho de defenderse, toda vez que las probanzas que se señalan en su mayoría fueron practicadas".

Luego, la Delegada anota que la petición de que se absuelva al procesado no corresponde a la causal propuesta, "ya que la nulidad conlleva que se retrotraiga la actuación a una etapa o acto procesal determinado" (fls. 14) Y agrega (fl. cit.) "Ciertamente que, como ya se dijo, no cabe decir que las pruebas faltantes sean de tal incidencia que habrían cambiado el sentido del fallo, y por demás está decir que existe un grupo de pruebas que permiten las conclusiones de condena del sentenciador, por lo que no cabe el anulamiento de la sentencia".

Cargo segundo

En cuanto a los reparos que el casacionista hace a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, dice la Delegada que el actor se equivocó al alegar error de derecho por indebida apreciación de esa prueba, porque si lo que discute son los requisitos para su validez, se está frente a un error de derecho por falso juicio de legalidad.

No obstante ello, la Delegada señala que la diligencia censurada cumple con los requisitos de ley, pues se hizo de manera tal que las personas fueran "de características morfológicas semejantes". Dice que en estas materias, además, la ley fija "una pauta general de conducta derivada de los principios de la experiencia judicial, pero en modo alguno consagra so pena de inexistencia de dicha diligencia, la exigencia de la identidad de condiciones personales tanto del reconocido como de los que conforman la fila con él".

Opina, pues, que los cargos no deben prosperar.

Se Considera

Cargo primero

Sabido es que -como ocurre en este caso- cuando se alega nulidad por no haberse practicado pruebas, fácil al actor demostrar que esas pruebas cuya práctica se omitió, de obrar en el proceso habrían cambiado el sentido del fallo. Esta exigencia dista mucho de cumplirla aquí el casacionista, pues se limita a enunciar cuatro pruebas como no practicadas "en forma inmediata" (inspecciones judiciales sobre la motocicleta y en el sitio de los hechos, declaración de Ambrosio Rico y ampliación de un peritaje médico legal) y a extraer de esas pruebas una apreciación personalísima e insular, desconectada del acervo probatorio que se tuvo en cuenta para condenar al procesado Ramírez.

Sustancialmente, esa prueba que se consideró para el fallo de condena, está constituida por la captura que una patrulla policial hizo al procesado cuando éste estaba al lado de la motocicleta acabada de hurtar a Nelson Augusto Moncada Martínez, a quien igualmente hacía poco se había causado la muerte a bala. Se tiene conocimiento en el proceso de que la cadena que llevaba ese vehículo se reventó, razón para que el citado procesado no pudiera continuar la marcha.

Además de esa prueba, obran las declaraciones de varias personas que vieron cuando Ramírez (lo describen por su fisonomía), con otro sujeto, hurtaban la motocicleta y se llevaban en ésta a la víctima.

Como se ve, la alegación no comporta una posibilidad real y seria del aludido cambio del sentido del fallo, motivo bastante para que fracase.

Empero, conviene de todos modos recordar cómo abordó el sentenciador ese punto: "Refiriéndonos al informe de medicina legal -dice la resolución acusatoria- de primer grado en el que se contempla que los dos proyectiles de tipo blindado extraídos al occiso fueron disparados con arma de fuego tipo pistola, no excluye la posibilidad de que el revólver incautado al procesado Félix Edmundo Ramírez fuese utilizado también para perpetrar los delitos de homicidio y hurto, porque muy lafantemente lo afirma el testigo Esteban Quintero Duarte que observó cuando el sujeto barbado que iba en la parrilla de

la motocicleta lo accionó repetidamente contra la humanidad de Nelson Moncada Martínez. Además, es de tener en cuenta que fueron seis los orificios de entrada y no se le extrajeron al occiso todos los proyectiles, bien pudo ser por su extravío dentro del cuerpo, o porque presentaron orificio de salida..." (fls. 529 y 530-2).

Al conocer de la apelación contra ese auto de acusación, el Tribunal dijo por su parte que el procesado Ramírez fue visto "aprehendiendo, esposando y conduciendo a la víctima antes de su muerte e instantes después encontrado con la moto hurtada e ilegalmente armado..." (fls. 567-3).

En las sentencias de primer grado, se les vuelve a otorgar credibilidad a los testigos de cargo y se enfatiza en las condiciones de la captura. Y en el fallo de segunda instancia, el Tribunal reitera esos temas y anota: "Si bien es cierto en que no se definió la correspondencia balística de los proyectiles encontrados en la humanidad de la víctima, con el arma decomisada en poder del procesado, es claro que desarrolló comportamiento idóneo materialmente comprobado en la conducción del sujeto y su movilidad junto con el otro compañero, a quien se les ordenó compulsar copias para investigar por separado, lo que no permite despojarlo del grado de responsabilidad plena en los delitos investigados, porque, se repite, está demostrado su grado de participación con el querer de autor..." (fls. 29-4), haciendo luego el Tribunal algunas referencias doctrinales sobre autoría.

Por el otro lado, el actor desatina al pedir la absolución, pues ésta no es corolario de la nulidad por falta de derecho de defensa (no practicar pruebas), ya que, de prosperar el cargo, se impondrá la anulación a fin de que las pruebas omitidas se cumplieran. Pero como para el casacionista las referidas pruebas debieron haberse practicado "inmediatamente", el propósito de la nulidad carecería ya de sentido, de donde cabe entonces la observación de la Delegada cuando advierte que más bien se trataría de la causal primera, tergiversación de pruebas, sobre todo en lo que respecta a la apreciación del tipo de proyectiles que se extrajeron del cuerpo de la víctima y que resultaron ser de pistola.

Como se ve, no prospera este cargo de nulidad.

Cargo segundo

Critica el casacionista la manera como se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas que aparece a folios 287 y siguientes del cuaderno número 2.

Un primer yerro del actor: sostener que esa prueba fue indebidamente apreciada, cayendo de este modo el fallador en error de hecho. No. Si el censor es del criterio que esa diligencia se efectuó sin el lleno de las exigencias legales sustanciales, su pretensión ha de ser que la Corte la desconozca por inválida. Para este último efecto, debe acudirse al error de derecho por falso juicio de legalidad. Para que una prueba pueda ser apreciada (bien o mal), debe jurídicamente existir. De donde el planteamiento del actor contenga una evidente contradicción conceptual.

Sin perjuicio de lo anotado, debe replicarse al casacionista que comete un yerro al pedir la absolución de su defendido por la pretendida irregularidad en la práctica de esa prueba, debido a que al razonar así el actor deja incólume el resto de la prueba de cargo -ya analizada anteriormente- tenida en cuenta para condenar. Su ataque se torna, pues, parcelado, incompleto, y no puede, en consecuencia, prosperar.

Además, se debe acotar que al finalizar la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la Jueza dejó constancia en el sentido de que "algunos de los internos que acompañaron a la persona a reconocer tienen bigote y características morfológicas si no idénticas, sí muy parecidas" (fls. 290-2).

Como se anotó, el actor se queja de que el procesado haya sido la única persona que estaba con barba en esa fila.

Pues bien. En la resolución acusatoria de primer grado se expresó, ante argumento análogo, que esa diligencia de reconocimiento cumplía las previsiones del artículo 390 del Código de Procedimiento Penal y que, en lo posible, se había hecho la fila de personas con individuos de características físicas parecidas. Además, se dijo con razón: "La diligencia de reconocimiento en fila de personas no anda sola, como rueda suelta, es refuerzo de las demás pruebas: se ha involucrado en el acervo probatorio conformando una correlación mediante el análisis en conjunto" (fls. 528-2, se subraya).

Al confirmar esas apreciaciones el Tribunal manifestó: "Obviamente carece de razón el apelante en este aspecto y en el relativo a la barba de dos o tres días del procesado... El ideal sería que las semejanzas morfológicas de que habla la norma fueran lo más semejante posibles, pero en la situación concreta en que vivimos debe aceptarse el término 'semejante' predicado de las características morfológicas, como más o menos parecido y eso fue precisamente lo que se logró en la diligencia de reconocimiento en fila de personas" (fls. 568-3. Subrayado del original).

En la sentencia de primera instancia se reafirmó ese criterio, ratificando la validez de la diligencia y su carácter complementario de la prueba testimonial, a la que, se repite, se le dio plena credibilidad (fls. 713 y ss.-3).

Por su parte el Tribunal en el fallo prohijó también esos criterios de la primera instancia, corroborando la existencia plena de esa diligencia, "...pues son claros los testigos presenciales -dijo- en el reconocimiento de que los demás aspectos morfológicos determinadores de la auténtica fisonomía se tuvieron en cuenta y no sólo el hecho propuesto del hecho específico de la barba sirvieron de fundamento racional para determinar la precisa identidad del sujeto como se aprecia en la diligencia de reconocimiento cuando afirman los demás aspectos determinadores de una verdadera identidad. luego esa sola argumentación no debe aceptarse como presupuesto inequívoco de la existencia del reconocimiento, pues fueron otros aspectos dominantes de la identificación los que sirvieron de fundamento al verdadero reconocimiento como se apunta en las probanzas allegadas, además de que se agotaron las ritualidades legales en su adopción, conforme se acreditó" (fls. 31-4)

Esas razonadas consideraciones del sentenciador ponen más de manifiesto la sinrazón de este segundo cargo, que desde luego no prospera.

Por tales motivos, la sentencia impugnada se mantendrá incólume.

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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / DEMANDA DE REVISION

El legislador en su artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, fija los requisitos formales de la demanda, esto es, lo que ella, necesariamente, debe contener, so pena de que sea desestimada *in limine*. Allí en su numeral 3°, se exige la determinación de "la causal que (se) invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud" y, en el 4°, se señala que se debe verificar una 'relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición'.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión. Radicación número 8717.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 89. Octubre 6/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Vistos

Obrando con poder especial otorgado por Hermes Quintero Nieto, el abogado José A. Toro Gómez, formula *acción de revisión* sobre el proceso que se adelantó contra su poderdante por el delito de homicidio en la joven Diana María Cruz Dávila y que culminó con la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior de Tuluá el 6 de mayo de 1992, condenándosele a la pena principal de doce años de prisión, determinación que halló confirmación, con la modificación de rebaja de la indicada sanción a diez (10) años, por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en su Sala Penal.

Hechos

Así los consignó el Tribunal cuando conoció del asunto por la vía de la apelación:

"Pasadas las cuatro de la tarde del día 21 de noviembre de 1989, en la esquina de la calle 23 con carrera 34 de Tuluá (Valle), fue baleada la señorita Diana María Cruz Dávila, falleciendo horas después en el Hospital Departamental de Cali, por 'lesión cerebral de estructuras vitales...' (fl. 29).

"Desde el inicio de la averiguación, las pesquisas policiales se dirigieron contra Hermes Quintero Nieto, ex novio de la víctima, en razón a la descripción fisonómica que del agresor hizo el testigo Lindon Gregory González Hernández (fls. 3 y 69), concordante con la de aquél y al asedio, acechamiento, seguimiento y maltrato físico a que era sometida Diana María por su enamorado, según Alicia Mazo Cortés, Ana Isabel Zuluaga y Carlos José Vergara Henao, este último propietario de la fuente de soda Las Margaritas de Tuluá donde Hermes permanecía acechando a la víctima, a quien enviaba misivas escritas en servilletas con la muchacha del servicio de aquella familia.

"El acechamiento, seguimiento y maltrato físico que Hermes Quintero Nieto, supuestamente ejercía contra Diana María Cruz Dávila quedó al descubierto con la versión rendida por Alicia Mazo Cortés, quien vivió aquella odisea cuando trasladaba en motocicleta a su amiga Diana María y que al ser igualadas por Quintero Nieto, quien se movilizaba en bicicleta, emprendió a cachetadas a aquélla, amenazándola con navaja, altanería que es resaltada igualmente por Ana Isabel Zuluaga, quien conocía de los desplantes y groserías de Hermes con la occisa. Se demostró igualmente con la declaración del señor Carlos José Vergara Henao, propietario de la fuente de soda Las Sombrillas de Tuluá que en su establecimiento comercial permanecía sentado Hermes Quintero Nieto, especialmente en las horas de la tarde vigilando la casa de su amada, atento a cualquier movimiento que hiciera Diana María, actitud o actividad que ejerció el acusado la fecha de autos, desde ese mismo lugar, sitio que abandonó en bicicleta cuando se percató de que la víctima salió de su hogar piloteando el automóvil familiar, desapareciendo desde ese momento. Muchas otras coincidencias se aunaron a las circunstancias antes anotadas que llevaron al *a quo* a dictar medida de aseguramiento contra el acusado: univocidad o similitud de algunas de las prendas de vestir entre agresor y Hermes Quintero Nieto (camiseta blanca, señalada por Lindon Gregory González Hernández y Alicia Mazo Cortés), movilización en bicicleta (mismos testigos, Carlos José Vergara Henao y Alvaro Lozano González), filiación fisonómica (Lindon Gregory González Hernández y Alicia Mazo Cortés), desaparecimiento de Quintero Nieto de los lugares que frecuentaba desde la fecha en que se verificó el insuceso, etc., que llevaron al *a quo* a creer sobre su incursión en tal acontecer delictivo".

De la Demanda

"... A la alta Corporación solicito muy comedidamente se le dé trámite al presente recurso de revisión, teniendo en cuenta que se ha violado el debido proceso y el derecho de defensa, dentro del trámite que dio origen a la defensa de mi representado. Bajo la radicación número 8135 se matriculó el anterior recurso de revisión que hube de interponer contra la sentencia de segunda instancia. Esta altísima Corporación, por medio de uno de sus más calificados arcontes, despachó desfavorablemente mis pretensiones, en atención a que no cumplí con el lleno de alguno de los requisitos que el legislador exigió como requisitos para el pronunciamiento de la honorable Sala.

"...Y me dirijo a profasar y censurar catonianmente (sic) todas y cada una de las irregularidades que formaron del cotejo probatorio. ...Al momento de producirse el atentado se hallaba al frente de la oficina de investigaciones del Tercer Distrito de Policía de Tuluá el Dragoneante Peña Aparicio Jorge y éste, según le entebia (sic) y corrobora

el informe que flamea sobre el folio 1 del paginario, *a priori* le fue acomodando el peso de la responsabilidad al ahora mi defendido. En forma por demás lacónica y al rendir el informe sobre sus pesquisas, sostuvo tajantemente que el posible autor del homicidio no era otro que Hermes, por el solo hecho de haber mantenido con la obitada relaciones amorosas, y como éstas terminaron por decisión de la dama, el primero continuó asediándola y entregándole un cortejo de amenazas en el sentido de que si no reanudaban sus amoríos, aquél sería capaz de cancelarle su existencia. El informe reseñado le sirvió al titular de la instrucción para montar el andamiaje sobre el cual se pondría a descansar el mandato detentivo, sin arrimar algunas otras consideraciones de peso jurídico.

"...Predicó (el testigo Carlos Vergara Henao) que en miríada de ocasiones allí concertaban sus flirteos y cuando Diana no podía concurrir, Hermes utilizaba las servilletas del establecimiento comercial para cursarle recados. Precisó además que el día de los hechos el endilgado estuvo en el negocio aparcado entre la una y las cinco de la tarde, hora en que la sujeto pasivo se colocó al comando de su vehículo y abandonó su residencia, y minutos más tarde Quintero hizo dejación del negocio, utilizando para su desplazamiento una bicicleta de su propiedad. Dejó entrever que en el sector se sentía alguna animosidad hacia éste, calificándole de ser un individuo sin trabajo conocido, es decir, un vago de viejo cuño. Cabe entonces colgar un bacilo de interrogación, honorable Magistrado. ¿Sería jurídico y legal que por el solo hecho de ser la pareja asiduos clientes de la cafetería podría incubarse en mi patrocinado la patibularia idea de acabar con la preciosa existencia de quien de antaño como bogaño era la depositaria de peso de su admiración...?

"...El auto por medio del cual el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal decidió la suerte de Quintero es de una pobreza absoluta, lo que demuestra que el protocolo, desde su venero mismo, quedó nutrido y alimentado por una serie de inconsistencias, vacíos y lagunas que en momento alguno podrían aconsejar la decisión que en aquella época fue tomada. Si diseccionamos, honorable Magistrado, el contenido de la providencia, encontramos que tuvo como arrequives y se fundamentó en un trípode constituido por arenas movedizas. Veamos el por qué: sostuvo la funcionaria que inclinaba su balanza en contra de la suerte de mi protegido debido a que éste sostuvo durante algún tiempo relaciones con Diana. Esto es axiomático desde el arquitrabe que se le quiera mirar por cuanto así lo señalan todos y cada uno de los atestantes que desfilaron por el informativo para volcar su contingente testimonial, inclusive el mismo imputado cuando estuvo ocupando el escabel de los acusados; 2º Predicó la funcionaria que constituía un indicio grave el hecho de que Hermes fuera propietario de un velocípedo como el que describe el principal de los gratuitos acusadores; 3º Adujo el de 'participación', el que según la instructora emanaba de haber sido visto por Lindon Gregory cuando accionaba un arma; cuando lo anterior carece de piso legal, no sólo por la distancia existente entre el sitio en donde éste se hallaba, sino porque para mí resulta una utopía y un despropósito señalar a alguien como actor (sic) de un ilícito cuando éste está dando la espalda, aparte de que robustece mi pensamiento el hecho de que en la localidad norteña que sirvió de proscenio al acontecimiento la casi totalidad de sus moradores tienen como vehículo para sus traslados la bicicleta y lo que es más importante aún, un altiporcentaje de sus ocupantes es de color, lo que colocaba al oficiante de la mentira en un ángulo imposible de poder describir al victimario ...No cabe la menor duda, honorable Magistrado, de que esta

exposición, carente de toda relevancia, se erigió en el índice acusador que se encargó de despeñar por la roca tarpeya la apolínea humanidad de quien me hizo entrega de la cogulla especialísima para encontrar la palingenesia de sus conculcados derechos. ¿Cuál indicio de presencia me permito preguntar cizque en el lugar de los hechos? ...Y me detengo en el abominable cargo por la fuga. Incuestionable resulta, como lo he venido destacando que, cuando Hermes se enteró del deceso de su otrora amada y sabedor del cardumen de señalamientos que en su contra se venían tejiendo malintencionadamente, no iba a comparecer de inmediato ante las autoridades para clarificar su situación, máxime que como lo pudo demostrar en audiencia pública; él, en aquella misma fecha, debió abandonar la ciudad tradicional de su residencia para enrumbarse hacia los Estados Unidos, vía México.

"He venido sosteniendo, honorable Magistrado, que toda la madeja de este debate se ha circunscrito a la ojeriza sin precedentes que contra Hermes habían desplegado de tiempo atrás los progenitores de Diana María y este aserto celosiona sin la menor dificultad el contenido de los dichos de éstos. No veo necesidad alguna de pasar por el tamiz de mis apreciaciones los mismos puesto que hablan por sí solos y alambican que, siendo una especie de magnates dentro de la sociedad de Tuluá, fácil les resultó buscar la cobertura para enlodar y adumbrar sin el menor escrúpulo la personalidad de quien en este momento empieza a enmohecerse en la ergástula, con la ausencia total de los presupuestos para edificar un pronunciamiento de tal magnitud.

"...Hay un hecho, honorable Magistrado, que llama poderosamente la atención dentro del paginario que motiva nuestra atención. *Fue violado el debido proceso*, y así lo transpira el desenvolvimiento que le introdujo el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal y que ulteriormente fue refrendado por el Juzgado Superior al que le correspondió calificar de fondo el mérito. Para muestra un botón. El profesional del derecho, doctor Jaime Sarmiento Otero, fue escogido, *ab origine*, como defensor oficioso de Quintero Nieto y el togado ningún papel preponderante jugó en el cumplimiento de su misión, puesto que ni siquiera tuvo la dignidad de confutar los pronunciamiento que se surtieron en contra del acusado, máxime cuando éste se hallaba fuera del país por circunstancias conocidas dentro del debate. Y aquí es donde se pone en alto relieve la forma como se trató la instrucción. Era tan irreversible el deseo de poner en la picota pública a Hermes, que el funcionario que condujo la causa, sin siquiera haber leído el contenido del encuadernamiento -y así lo digo porque ha debido haberse fijado en quién recaía la responsabilidad como defensor, procedió a designar al mismo doctor Sarmiento Otero como perito avaluador de los daños y perjuicios causados con la infracción, lo que amadriga sin lugar a dudas la *violación al debido proceso*. Como si fuese poco, tan pronto se produjo la aprehensión de mi mandante en los límites con el Ecuador, se le trajo de inmediato, se le sentó en el escabel de quienes se margínan de la ley y a renglón seguido se destiló contra él la sentencia de primera instancia, decisión que fue objeto de impugnación y que ulteriormente fue confirmada, con una pequeña variante por la sala de Decisión del honorable Tribunal Superior de Buga. ...".

Breves Consideraciones de la Sala

1. La demanda que aquí ha sido presentada constituye, sin lugar a hesitación alguna, la más clara demostración de lo que no debe ser una que ciertamente pretenda o aspire

a no ser rechazada por antitécnica. El legislador, en su artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, fija los requisitos formales de la demanda, esto es, lo que ella, necesariamente, debe contener, so pena de que sea desestimada *in limine*. Allí, en su numeral 3º, se exige la determinación de "La causal que (se) invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud" y, en el 4º, se señala que se debe verificar una "relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición"

Pues bien, el accionante, en su escrito, por parte alguna precisa la causal con fundamento en la cual demanda y, menos, menciona las *pruebas* basamento de su solicitud. Se limita única y exclusivamente a presentar una personalísima visión de los hechos y a criticar las probanzas fundamento de las determinaciones de primera y segunda instancias, pretendiendo reabrir en sede de revisión un debate probatorio (reanálisis de los elementos de convicción) ya cumplido en su estadio propio, las *instancias*.

Por ello esta Corporación ha señalado de tiempo atrás que, tratándose del recurso (hoy, *acción*) de revisión, "carece de competencia para confrontar el juicio crítico del juzgador con el juicio crítico del recurrente. Por la razón muy clara de que nuestro sistema probatorio otorga al juzgador de instancia amplia capacidad para apreciar los hechos del proceso, sin más que observe en su tarea el método de la sana crítica. Conceder un mayor o menor grado de credibilidad a un hecho probatorio es menester de los juzgadores de instancia, exclusivo de sus competencias y facultades discrecionales". (M. P.: doctor José María Velasco Guerrero. Mayo 30 de 1978).

Y como aquí, pues -se recalca-, lo que hizo el demandante fue, simplemente, presentar un enfoque diferente (disparidad de criterio con los juzgadores) sobre hechos y pruebas obrantes en el plenario que, en su momento procesal oportuno, recibieron su correspondiente análisis y valoración, no hay lugar a pensar siquiera en la posibilidad de que pueda llegar a darse, con el trámite de la acción, cualquier causal de revisión.

2. Quiere la *Corte* señalar, de todas maneras, que el accionante no presenta las cosas como efectivamente las enfocaron los falladores. Estos (la realidad jurídica y fáctica que enseñan las sentencias impone su reconocimiento) realizaron un estudio de mucha enjundia sobre la prueba indiciaria que, fatalmente, tenía que llevar, con obvio respeto del derecho y de los hechos, a la condena de Hermes Quintero Nieto. Con acierto indudable desprendieron en su contra indicios como el de mala justificación, el de manifestaciones anteriores al delito, el de la oportunidad para delinquir, el del móvil delictivo; en fin. Armaron, edificaron, con lucidez, un compacto haz indiciario que, inevitablemente, comportaba la responsabilidad del justamente condenado, impidiendo así que quedara impune un crimen que debió conmover hondamente a toda la ciudadanía de Tuluá. Es que no puede olvidarse que ya pasó a mejor vida la consideración de que la *prueba indiciaria* no podía guiar a la *certeza* y, por contrario modo, de la *prueba reina* como, igualmente, se la conoce, o *prueba de la inteligencia*, como también se la denomina, no puede menos de predicarse, como así lo hace la mejor doctrina, que conduce, llevándose con tino a la adhesión firme y formidable del entendimiento a una verdad sin temor a errar.

El accionante verifica un análisis tan particular sobre pruebas y hechos, que, inclusive, coloca a los juzgadores diciendo lo que jamás expresaron. Así, no es que

aquéllos de la sola circunstancia de que los entonces enamorados Hermes y Diana María sostuvieron citas de amor en la fuente de soda Las Sombrillas, de propiedad del testigo Carlos Vergara Henao, hubiera desprendido un indicio de responsabilidad. *No...* Lo que expresaron los sentenciadores fue que, como el procesado sostenía que el día de los hechos había viajado a Bogotá, con destino a Estados Unidos, buscando colocarse en imposibilidad material de comisión del homicidio, por estar ubicado en lejanías de Tuluá, y el señalado testigo lo sitúa en el indicado negocio suyo hasta el momento en que la hoy occisa abandonó el apartamento donde vivía (que se encontraba enfrente del citado establecimiento comercial) y en horas posteriores a cuando aquél aseguraba que ya había viajado, tal estado de cosas permitía construir un indicio en su contra, el de mala justificación o el de *mentira*.

Los juzgadores también manifestaron que este testigo debió equivocarse sobre la hora en que se fue de su establecimiento (como a las cinco) Quintero Nieto, lo que tendría explicación en las distracciones propias en la atención en la fuente de soda. Pero como el testificante concreta que la hora en que partió aquél fue exactamente instantes después de que Diana María saliera del apartamento de sus padres, con destino a sus habituales clases de cerámica, y este hecho demostrado está que ocurrió a eso de las 3 y 10 de la tarde, no quedaba duda alguna sobre la hora en que se ausentó el hoy condenado y que mal podía ser la determinada por el declarante y anterior, desde luego, a la hora del crimen. Lo curioso del asunto está en que de esta circunstancia quiso la defensa desprender una prueba en favor de Quintero N., como de imposibilidad para su defendido de realización del homicidio que se cumplió a eso de las 4 y 30 p.m., olvidando que, en otros pasajes, asegura que *Hermes* ya estaba lejos de la ciudad a tales horas; en síntesis, unas veces acepta que éste estaba en la ciudad y, otras, lo coloca bien lejos de la misma, para cuando la hora fatal de los disparos hechos sobre la humanidad de la adolescente Diana María Cruz Dávila.

Agréguese que nada hay más disparatado que pretender que los padres de la víctima buscaron a toda costa y por su condición de "magnates dentro de la Sociedad de Tuluá", fabricar la prueba de responsabilidad contra Quintero Nieto. Absurdo; ella se dio porque existió abundante prueba testimonial (directa) que permitió consolidar la indiciaria (indirecta), sobradamente suficiente en orden a la condena. Es extravagante pensar que los padres de Diana María Cruz D. buscaran cosa diferente de la sanción legal del *verdadero* culpable.

3. Desde los inicios de su memorial, el accionante refiere (al final también lo hace) que en el proceso cuya revisión pretende, se han violado el *derecho de defensa* y el *debido proceso*. Pero, lo primero, atentado de tal orden, tiene una vía legal expedita de solución dentro del trámite ordinario del proceso o, con el recurso extraordinario de casación. Y, segundo, para la demostración de tales vulneraciones al accionante le bastó con enunciarlas, pues la realidad es que no presenta prueba que ciertamente sirva de estribo de sus cargos. Ahora, que el mismo abogado que asistió al hoy su poderdante en la fase primera del proceso fue el designado en la etapa del juicio en orden a la tasación de perjuicios, debió ser meramente una equivocación que ha debido encontrar remedio allí mismo, en el trámite regular del proceso y, muy posiblemente, así debió acontecer, pues por ninguna parte el demandante presenta prueba de que la tasación de los perjuicios evidentemente hubiera sido realizada por el mismo profesional del derecho, refiriéndose

sólo a su designación para tales efectos. Pero, se insiste, lo sustancial en este momento es que la acción de revisión no es el camino legal para la solución de estos reales o supuestos vicios.

Y que tan pronto se produjo la aprehensión de Quintero Nieto hubiera sido puesto a disposición de la autoridad competente, es lo natural, pues contra éste se había librado orden de captura. Y lo lógico y de esperarse es también que, prontamente, se dicte la respectiva sentencia, lo que así sucedió en el evento *sub examine*, y condenatoria, encontrando ella confirmación en el Superior, salvo una "pequeña variante" en cuanto a la pena de *prisión*. Nada existe pues de irregular en el señalado trámite y menos que de lo allí precisado se pueda desprender alguna causal en orden a la revisión vanamente deprecada.

Es claro, entonces, que la demanda no amerita que se ordene su trámite y, muy al contrario, lo de ley es que se disponga su rechazo, desde el umbral del mismo.

4. Como el accionante en el contexto de su demanda da cuenta de que, en anterior oportunidad, en representación también de Hermes Quintero Nieto, presentó otro escrito de solicitud de revisión sobre el mismo proceso, el que fue radicado bajo el número 8135 y rechazado *in limine*, se dispuso, de oficio, allegar a las diligencias copia del correspondiente pronunciamiento. Cumplido ello, de él transcribe la Sala lo que juzga pertinente, así:

"...Concretamente, desatendiendo el deber de enunciar en forma clara y precisa la causal invocada, dar a saber los fundamentos de hecho y las consideraciones de derecho que le daban apoyo, el censor se limitó a citar el numeral 5° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, pero de modo ninguno se adentró en la precisión de los motivos *de facto* ni en el razonamiento de derecho que apoyaban tal postura, dejando indebidamente para oportunidad futura su presentación, e incumplida, por incompleta, la carga referida a la presentación formal del escrito de demanda.

"Más allá del simple defecto formal, el actor dejó a la *Corte* sin saber en suma en qué venía a consistir su inconformidad, pero ante todo, si en verdad ella apuntaba a una de las *taxativas causales de revisión* que *rigoriza* la ley, exigencia que naturalmente apunta a conocer si se amerita o no el impulso del trámite de la acción extraordinaria.

"Peor aún: nada dentro del escrito relaciona la causal 5ª invocada, con los pormenores del proceso cuya revisión se impetra, indefinición que sube de punto al centrar el demandante su atención en la alegación abstracta de una serie de *vicios de procedimiento* que dentro de ninguna causal del artículo 232 se incluye, dejando apenas la impresión de haber errado en la escogencia del recurso, pues la *nulidad* que se insinúa debió alegarla en oportunidad como causal de casación, sin que le sea posible ahora, frente a un fallo ejecutoriado, y por una vía inadecuada, retrotraer la actuación a estadios precluidos...".

Repetidamente, pues, el accionante se aparta de lo mandado por la ley, o no da cumplimiento a lo que ella prescribe, en orden a viabilizar el trámite de la extraordinaria *acción de revisión*, lo que, fatalmente, impone su rechazo.

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

RESUELVE:

Desestimar in limine la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado Hermes Quintero Nieto sobre el proceso que en su contra se adelantó por el delito de *homicidio* y que culminó con las sentencias condenatorias del Juzgado Primero Superior de Tuluá y del Tribunal Superior de Buga.

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.*

Carlos Alberto Gorailo Lombana, Secretario.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

No existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al Congresista, pero no a las sociedades de la cual éste sea asociado. Distinta es la situación, cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquélla. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 del Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7838. Unica instancia.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 93.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de octubre de 1993.

Mediante la presente providencia la Sala se abstendrá de iniciar instrucción respecto del doctor RODOLFO SEGOVIA SALAS, actualmente Senador de la República, acusado de celebración indebida de contratos.

Antecedentes

1. El 13 de septiembre de 1991, el señor Abel Pérez Ruiz formuló ante el Procurador Departamental de Bolívar denuncia penal contra el susodicho doctor Segovia Salas, para entonces Representante (principal) a la Cámara. Dice que el denunciado "mantuvo relaciones contractuales respecto a espacios de televisión, por interpuesta persona, con la sociedad Canal Regional de Televisión de la Costa Atlántica, Telecaribe Limitada, con clara violación de expresas prohibiciones legales; relaciones contractuales que mantiene vigentes y que legalmente le impiden, como lo pretende, ser elegido Congresista en las próximas elecciones del 27 de octubre del presente año" (fls. 5). Agrega el quejoso:

"1. La sociedad COSMOVISION DEL CARIBE LIMITADA tiene contratos de espacios de televisión con TELECARIBE; actualmente tiene suscrito con ese canal

regional el contrato inicial número 038 del año de 1988 para la producción del noticiero Cosmovisión, el cual ha sido prorrogado por los contratos adicionales números 038A de 1989 y P23 de 1991, el cual vence el próximo 31 de agosto, y el 066 de 1990, con vigencia de un año contado a partir del 1° de agosto de 1990, y se encuentra inscrita en el Registro de Proponentes para contratar programas que abrió Telecaribe el pasado mes de mayo.

"2. Entre los socios de Cosmovisión del Caribe Limitada se encuentra INVERSIONES SILLAR LTDA. CIA., cuyos socios son: socia gestora la sociedad SILLAR LTDA. (los socios de SILLAR LTDA. son RODOLFO SEGOVIA SALAS y su esposa SILVIA OSPINA DE SEGOVIA, quienes son los representantes legales) y socios comanditarios Jorge Ignacio, Mauricio e Isabel Segovia Ospina (TODOS HIJOS DE RODOLFO SEGOVIA SALAS) e INVERSIONES SILLAR ALMIRANTE LTDA. Y CIA. S. EN C. (cuyos socios son: como gestora SILLAR LTDA. y como comanditarios INVERSIONES SILLAR LTDA Y CIA. S. EN C. y Jorge Ignacio, Mauricio e Isabel Segovia Ospina (HIJOS DE RODOLFO SEGOVIA SALAS).

"3. RODOLFO SEGOVIA SALAS tuvo la calidad de Representante a la Cámara, principal, desde el 20 de julio de 1990 hasta el 4 de julio de 1991.

"4. RODOLFO SEGOVIA SALAS se encuentra inscrito ante la Delegación Departamental de Bolívar de la Registraduría Nacional del Estado Civil como candidato al Senado" (fls. 5, mayúsculas del original).

Señala como violados los artículos 10 del Decreto 222 de 1983 y 36 de la Ley 14 de 1991, que corresponden, en su orden, al Estatuto Nacional de Contratación y al Estatuto sobre Televisión.

Adjuntó el denunciante:

a) Certificación de Telecaribe sobre la existencia de dichos contratos (fls. 9);

b) Certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena respecto de "existencia, socios y representación legal de la firma Cosmovisión del Caribe Ltda. (fls. 10 a 12).

Esa firma aparece con matrícula de 8 de diciembre de 1988, y, en calidad de socia, a partir del 5 de octubre de 1990, aparece la firma Inversiones Sillar Ltda. Cía. S. en C., con 1.600 cuotas ($16.000.000,00);

c) Certificado de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D. C., "de existencia, socios y representación legal de las firmas Inversiones Sillar Ltda. y Cía. S. en C., e Inversiones Sillar Almirante Ltda. y Cía. en S. C.".

Es de anotar que esas sociedades son "inversionistas" y que datan de 21 de mayo de 1979 (Sillar Ltda., con 5 millones de pesos) y de 30 de noviembre de 1987 (Inversiones Sillar, con un millón doscientos mil pesos).

d) Copia de la escritura mediante la cual consta que el 5 de octubre de 1990 Cosmovisión admitió como socia a la sociedad Inversiones Sillar, con un 23% del capital (fls. 27). Aparece igualmente que el doctor Rodolfo Segovia Salas es el representante legal de la última de esas sociedades.

2. Las diligencias fueron enviadas a la Procuraduría Departamental del Atlántico (pues los contratos fueron firmados en Barranquilla), oficina que adjuntó copia de los

contratos referidos en la denuncia (fls. 39, 53 y 61). En cuanto al contrato número P23-91 (el suscrito por Cosmovisión cuando ya Inversiones Sillar era socia de ésta (fls. 61 y ss.) allí se hace referencia a los otros contratos habidos entre Telecaribe y Cosmovisión, se señala como cuantía del mismo la suma de $5.140.200 y se determina que el contrato podrá ser prorrogado previa autorización del Consejo Regional de Televisión. Este contrato figura suscrito el 29 de mayo de 1991 y empezó a regir el 20 de junio de ese año (fls. 193). Igualmente, en la cláusula 24 del contrato se lee: "El contratista declara no estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad consagradas en las disposiciones legales, especialmente en el Decreto 222 de 1983 y en las disposiciones especiales sobre televisión" (fls. 71).

Igualmente obra copia del Acta número 032 de 6 de febrero de 1991 (fls. 91 y ss.), que corresponde a la reunión del Consejo Directivo Regional de Telecaribe y en la cual se prorrogaron varios contratos que Telecaribe tenía y que habían vencido el 15 de enero anterior. Entre esos contratos estaba el suscrito con Cosmovisión para la producción del noticiero Cosmovisión. Aparece allí, pues: "El Gerente de Telecaribe informó que se prosiguió con la emisión de estos programas para garantizar la continuidad de la programación y solicitó autorización del Consejo para suscribir los respectivos contratos adicionales o en su defecto un nuevo contrato hasta la fecha a partir de la cual se inicia la nueva programación que se adjudicará en la próxima licitación" (fls. 103). Esa solicitud fue aprobada.

El Gerente de Cosmovisión hace constar que el doctor Segovia Salas no ha celebrado contratación alguna en nombre de esa firma y que fue "completamente extraño al proceso de licitación y adjudicación de espacios de televisión que culminó con el contrato firmado el 19 de diciembre de 1991 y nunca actuó frente a los organismos del Estado correspondientes para la gestión de este contrato" (fls. 109). dice que en junta de socios de 3 de octubre de 1991, se delegó todo ese trámite en el Gerente de Cosmovisión. Agrega además que Inversiones Sillar se desvinculó de Cosmovisión a partir del 25 de octubre de 1991, según consta en escritura pública número 4490 de la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla.

Obran en copia actas de las reuniones de Cosmovisión (fls. 127 y ss.). En la reunión de 3 de octubre de 1991 (fls. 133 y ss.), en la cual estuvieron la "totalidad de los socios", aparece que el Gerente de esa firma pidió a la Junta autorización para presentar licitación pública número 001 91 con Telecaribe. petición que se aprobó por unanimidad.

3. La Procuraduría remitió las diligencias a esta Sala (fls. 139), que acreditó entonces la calidad actual de Senador (y la de Representante para la época de los hechos) del denunciado. Se allegó también copia del registro de proponentes, en el cual consta que, por puntaje, Cosmovisión ocupaba el lugar 5º en la lista (fls. 209).

Durante esta investigación previa, se oyó en versión al acusado, quien dijo que cuando Inversiones Sillar entró como socia de Cosmovisión, ya tenía ésta contratos con Telecaribe, contratos que luego se prorrogaron. Enfatiza que en diciembre 19 de 1991 (fecha de un nuevo contrato) Inversiones Sillar ya no era socia de Cosmovisión, pues había dejado de serlo desde octubre de dicho año (fls. 125).

Aportó el denunciado copias de varias actas de Juntas de Cosmovisión, "donde quedan consignadas las actuaciones de Inversiones Sillar Limitada S. en C., y de su representante legal" (fl. cit.).

La Corte ordenó una inspección judicial en las oficinas de Cosmovisión para aportar copia del acta correspondiente a la reunión en la cual se autorizó al Gerente de esa sociedad para suscribir el contrato número P23-91, pues dada su cuantía debía mediar esa autorización (fls. 251).

Se encontró que, de modo general, en reunión del 18 de diciembre de 1988 la Junta de Socios había autorizado al Gerente de Cosmovisión para realizar toda clase de gestiones comerciales o contratos por cuantía superior a dos millones de pesos (fls. 264 y ss.).

De otro lado, se obtuvo copia del Código Fiscal del Atlántico, Decreto Ordenanza número 3425 de 29 de agosto de 1990.

Consideraciones de la Corte

1ª. El artículo 144 del Código Penal, que se encuentra dentro del capítulo titulado "celebración indebida de contratos", y que es la norma dentro de la cual, en principio, podría ubicarse la conducta denunciada, reza así

"Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. El empleado oficial (63) que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno a cinco años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a siete años".

El aquí denunciado, para la época de los hechos y a la luz de lo dispuesto por el artículo 63 del C. P., tenía la calidad de empleado oficial, pues que se desempeñaba como Representante a la Cámara. En la actualidad es Senador (fls. 164) y por ello la competencia para su investigación y juzgamiento corresponde a esta Corporación, por mandato expreso de los artículos 186 y 235.3 de la Constitución Nacional, y 68.6 del Código de Procedimiento Penal.

De los términos del artículo 144, ya transcrito, se desprende con toda claridad que se trata de una ley penal o tipo penal en blanco, porque para determinar el contenido de su precepto es necesario acudir a otras normas legales, precisamente, en este caso, a aquellas que definen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 222 de 1983, "además de las prohibiciones consagradas en otras normas no podrán celebrar contratos con las entidades a que se refiere este estatuto (entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado, aclara la Sala), por sí o por interpuesta persona:

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 11 de 1973 (por la cual se establecen algunas excepciones a las incompatibilidades de los Congresistas y se dictan otras normas, agrega la Corte), los Senadores y representantes principales desde el momento de su elección y hasta cuando cese su investidura y los suplentes que hayan ejercido

el cargo. Esta incompatibilidad se extenderá durante el período constitucional respectivo...".

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 14 de 1991 (Estatuto sobre Televisión), consagra un impedimento especial para miembros de corporaciones de elección popular: "Se encuentran impedidos para participar en licitaciones y no podrán celebrar contratos relacionados con la adjudicación de espacios de televisión, los funcionarios y los miembros de corporaciones de elección popular".

2ª. El cargo que dentro de estas diligencias se hace al Senador Rodolfo Segovia Salas se ha hecho consistir en que una sociedad, la denominada Cosmovisión del Caribe Ltda., de la cual era accionista otra persona jurídica de la que a su vez eran socios el doctor Segovia y su familia, suscribió con Telecaribe (sociedad regida por las normas que regulan las empresas industriales y comerciales del Estado) el contrato de producción número P23-91 (fls. 61 y ss.), el 29 de mayo de 1991, fecha para la cual el doctor Segovia era Representante a la Cámara (tenía esta calidad desde el 20 de julio de 1990), con presunta violación del régimen de incompatibilidades.

Lo primero que advierte la Corte es que el denunciado en ningún momento contrató directamente con Telecaribe, pues el contrato en mención aparece suscrito por los representantes legales de las firmas contratantes: Jaime Abello Banfi, por Telecaribe, y Armando Julio Molina, por Cosmovisión del Caribe Limitada (fls. 65).

También está claro para la Corte que tampoco es posible sostener, ya que no hay elemento alguno de convicción que permita afirmarlo, que el Congresista denunciado se valió de un tercero, en este caso Cosmovisión del Caribe Limitada, para por intermedio de ella suscribir el contrato de producción número P23-91, pues todo indica que en realidad este contrato fue real y no simulado, y que en consecuencia esta última sociedad fue en verdad la contratante.

Al efecto, y para descartar la simulación, es importante tener en cuenta que Cosmovisión del Caribe Ltda. es una sociedad legalmente constituida desde el año de 1988 (fls. 10 y ss.); que el doctor Segovia Salas entró como socio de ella por intermedio de otra sociedad únicamente a partir del mes de octubre de 1990 (fls. 25) y se desvinculó definitivamente de la misma el 25 de octubre de 1991 (fls. 112), sin que jamás durante este lapso hubiera tenido una preeminencia tal que permitiera afirmar que prácticamente era el dueño de la empresa, o que tuviera el poder de imponer su voluntad frente a los demás directivos, o que, en fin, por cualquier circunstancia fuera él quien, en últimas, tomara las decisiones de la aludida sociedad, ni mucho menos que ésta se hubiera constituido, *ex profeso*, para burlar las inhabilidades, máxime cuando, como en este caso, la sociedad era contratista del Estado, desde antes de la vinculación del Senador Segovia a ella.

En estas circunstancias, no es posible afirmar que el Senador Segovia Salas violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, porque como ya se vio, él nunca contrató directamente, ni tampoco se valió de un tercero para hacerlo en forma abierta o simulada (lo que configuraría la hipótesis de la "interpuesta persona" de que habla la norma), toda vez que como ya se expuso, en verdad quien contrató fue la empresa Cosmovisión del Caribe Ltda. (que es una persona jurídica distinta de los socios), y no el Senador Segovia a través de ella.

Así las cosas, para la Corte resulta atípica la conducta denunciada, porque no existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al Congresista, pero no a las sociedades de la cual éste sea asociado. Distinta es la situación, cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes, que en este caso no se dan, sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquélla. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 del Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla.

Cuando el legislador ha querido que la inhabilidad o incompatibilidad no sólo afecte a la persona natural, sino que se extienda también a las personas jurídicas de las que el inhabilitado sea socio, así lo ha tenido que disponer expresamente, ante el principio jurídico de que la persona jurídica es un ente distinto de "los socios individualmente considerados" (arts. 2079 del C. C. y 98 del C. de Comercio). De esta manera procedió, por ejemplo, en el ya citado Decreto 222 de 1983, al disponer en el numeral 4º del artículo 9º, que también están inhabilitados para contratar "las sociedades en que el cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente de los empleados oficiales o miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante tengan conjunta o separadamente más del 50% del capital social, o desempeñen cargos de dirección". Ya antes este mismo artículo había inhabilitado para contratar, en su propio nombre y así fuera *por interpuesta persona*, a estos mismos sujetos, de donde se desprende, de manera inequívoca, que cuando el legislador prohíbe contratar al inhabilitado por sí o *por interpuesta persona*, no está extendiendo la inhabilidad a las personas jurídicas en que los inhabilitados tengan interés social, sino refiriéndose a una hipótesis muy diferente, cual es la contratación por intermedio de otro, que puede ser una persona natural o jurídica, que abiertamente contrate con el inhabilitado (hipótesis poco sólita) o que oculte el convenio a través de una simulación, que es el supuesto más frecuente.

Bien sabido es que no resulta posible al juzgador extender el contenido de los tipos penales por razones de conveniencia o analogía, pues ello es tarea de competencia exclusiva del legislador. De ahí que una de las normas rectoras del Código Penal colombiano disponga que "la ley penal definirá el hecho punible *de manera inequívoca*"(art. 3º).

No siendo, pues, típico el comportamiento denunciado, la Corte proferirá la resolución inhibitoria de que trata el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, y se abstendrá, en consecuencia, de iniciar instrucción contra el doctor Rodolfo Segovia Salas.

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

RESUELVE:

Abstenerse de iniciar instrucción respecto del doctor Rodolfo Segovia Salas, por razón de los hechos denunciados por Abel Pérez Ruiz y que fueron objeto de esta investigación previa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel. Jorge Carreño Luengas (salvo el voto), Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (salvamento de voto), Didime Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M. (salvo mi voto).

Carlos Alberto Gordillo Lombana. Secretario.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

(Salvamento de Voto)

En este caso la más afinada medida, como interpretación cabal de la realidad y de las normas pertinentes, estaba del lado de la apertura de investigación, ya que la conducta del entonces Representante (ahora Senador) *Segovia* exhibía notas de un agudo compromiso penal por celebración indebida de contrato. Sucintamente éstas son las razones que nos llevan a apartarnos de la benevolente decisión tomada por la Mayoría de la Sala y que, ciertamente, abre profundas troneras en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, permitiéndose así un vicioso sistema contractual oficial, con toda clase de imaginables nocivas consecuencias.

1. Aun desde el punto de vista de la Mayoría, debió explorarse más el comportamiento del incriminado y el de sus sociedades (Inversiones Sillar Ltda. e Inversiones Sillar Almirante Ltda.), las que se nutrían con su núcleo familiar más próximo (esposa e hijos), como también lo atinente a la última adquisición de acciones en Cosmovisión del Caribe Limitada, puente necesario en esa cascada de compañías para explotar espacios en Telecaribe, porque no deja de extrañar que los primeros dos entes, tan ajenos en sus fines a las actividades televisivas, despertaran un inusitado y ajeno apetito para usufructuar el campo económico que ya venía atendiendo Cosmovisión, pero en cuyo horizonte estaba lo de las prórrogas y, sin incurrir en gratuita suspicacia, también surgía la expansión hacia ámbitos nacionales, propósito que cortó de un tajo esta denuncia y la resonancia que ella tuvo en un principio. El contraste es notorio: algo destinado al manejo primordial de propiedad inmobiliaria vino a parar en el terreno de los medios de comunicación.

2. La decisión de la cual nos separamos contiene varios puntos que, a nuestro modo de ver, no corresponden a una debida y acertada valoración:

a) Se cree que la legislación aplicable (art. 144 C. P. D. 222/83, Ls. 11/73, 14/91) exhibía notorias deficiencias y vacíos, como el no comprender, para los Senadores o Representantes, lo atinente a sus sociedades. Esto de las imperfecciones suele ser argumento de muy constante y fácil uso pero de lánguida consistencia. La ley no puede ser más clara y omnicomprensiva. Lo que ocurre es que no se le ha querido ver como tal o entenderla en sus finalidades y textos explícitos. La imprecisión e inidoneidad no está en la ley y sí en su intérprete, que debiera ser más despabilado, porque de mantenerse la corledad de

valoración así el legislador se esmerase, como se esmera, por cubrir todos los niveles y todas las previsiones, nunca, para quien se adentra en su estudio provisto de dudas e insatisfacciones, se lograría persuadirlo ni convertirlo en adalid del precepto. Dejando de lado el aspecto religioso de la frase, Camus decía que el infierno somos nosotros mismos, apotegma perfectamente aplicable, en estos menesteres forenses, a quien debe cumplir esta labor de hermenéutica: el vacío, la confusión, la incoherencia, la asistematividad, etc., no está tanto en la ley como en quien la justiprecia;

b) ¿Qué más podía decir la ley, en esto de inhabilidades y de incompatibilidades, que prohibir la contratación "por sí o por interpuesta *persona*"? Allí está compendiado todo lo que se pueda ejecutar de manera directa e indirecta y en esta última modalidad, la de más usanza, cabe tanto la utilización de otra persona natural o de otra persona jurídica. ¿O acaso cuando la ley manda, con ese evidente propósito de cubrir todo lo que en el terreno multifacético de la actividad comercial, que no se puede hacer "por interpuesta persona" estará refiriéndose únicamente a personas naturales? Si la ley no ha distinguido y no quería ni podía distinguir, so pena de dejar la norma carente de significado, alcance, potencia y realidad social, ¿le será dado al intérprete restringir, sesgar, anular el precepto? ¿No sucederá, en esto, que el infierno somos nosotros mismos?

Antes se presumía sabio al legislador y en esto radicaba el germen de fecundidad, acierto, justicia y constante actualización de la ley. Ahora no sólo se le niega este atributo sino que se le caracteriza como ingenuo, idiota o tontarrón. Y esto se afirma porque sabiéndose que los más decisivos contratos públicos, en razón de su cuantía, riesgos, responsabilidades, no se pueden concebir ni celebrar ni ejecutar con personas naturales sino con sociedades, la legislación, por obra de la cuantificación de Mayoría, invierte la lógica y piensa que esta esfera económica sólo se cubre con personas naturales y hay que dejar y se ha dejado de lado las sociedades, máxime tratándose de aspectos de ética contractual, del manifiesto y necesario propósito de evitar la corrupción administrativa, de cerrarle el paso al tráfico de influencias, de desalojar la alcurnia política como instrumento de ventaja sobre los demás ciudadanos, etc. Precisamente porque los grandes negociados se han venido cumpliendo por intermedio de sociedades, surgió para el legislador el compromiso de conjurar este medio ilícito de intervención, imponiéndose un cambio de inteligencia de sus preceptos al punto de no desligar de la sociedad al socio que también aparecía en el rol de Congresista, de funcionario o empleado público, de miembro de junta, de consejo, de comisión, etc., subsumiéndose la participación del ente societario dentro del esquema que se quiso cobijar en el concepto de interpuesta persona;

c) Aquí conviene aclarar de una vez el artificioso argumento de la mención de las personas jurídicas en el artículo 9º, numeral 3º del Decreto 222/83, que la Mayoría lo entiende como que sólo para esta hipótesis juega esta posibilidad. Lo cual no es cierto, porque al respecto juega otra consideración: que el fenómeno de la persona jurídica no es ajeno puesto que está citado específicamente en un pasaje del Decreto, desvirtuándose así aquello de que persona natural y persona jurídica son dos entidades que no pueden confundirse. En otras palabras, un sistema que alcance en esta forma a la persona jurídica, porque la particulariza, impone por norte interpretativo, en este campo, la inclusión constante de la persona jurídica integrada con personas naturales sobre las cuales pesa una inhabilidad o una incompatibilidad, más si se han utilizado expresiones

omnipotentes, omnicomprensivas, omniscientes, y éste es el valor que ostenta lo de "interpuesta persona". Su referencia, pues, tiene el valor de enseñarle al intérprete que puede y debe llegar a esta concepción, sin arredramientos, y de ahí que la singularidad del vocablo equivalga a reiteración, ampliación o, si se quiere, a dilucidación de dudas para evento en el cual podía introducirse alguna vacilación por obra de la mudanza de la condición del funcionario o empleado interviniente. Obvio que se quiere a todo trance alcanzar con el fenómeno represivo a la persona jurídica utilizada, sea ésta antigua, reciente, con mucha o poca preeminencia, creada *ex profeso* o ajena a esta situación. La visión a este respecto es totalmente diversa de la ensayada por la Mayoría, sin que pueda darse razón de conveniencia, intención, fines, etc., que jueguen de manera distinta en las hipótesis consideradas por la norma: por el contrario, las necesidades y objetivos se mantienen y constituyen una injusticia diferenciar el tratamiento sancionatorio para hacerlo servir a unos casos y excluirlos en otros tratando, de manera más benigna los de mayor gravedad, situación irritante y contradictoria en esta esfera que pretende el mantenimiento de la igualdad de opciones y, en síntesis, de la intransigente pureza de la moral y corrección en los negocios o actos públicos;

d) La providencia, como argumento de valía, anota que el denunciado Segovia Salas "en ningún momento contrató directamente él con Telecaribe, pues el contrato en mención aparece suscrito por los representantes legales de las firmas contratantes; Jaime Abello Banfi, por Telecaribe, y Armando Julião Molina, por Cosmovisión del Caribe Limitada". Evidente que, por la primera, no podía serlo, y, por la segunda, tampoco, porque para eso tenía su representante legal. Pero es que la ley no está sancionando solamente la actitud descarada o desvergonzada de hacerlo directamente. Por eso se dice, para cuando hay esta falta de elemental pudor moral, que directamente, pero también se agrega lo de interpuesta persona, locución que cobre todo lo que alguien (ser natural o ente jurídico) haga por con otra persona inhabilitada o con el gravamen de una incompatibilidad. ¿O será que la división de las personas (la sociedad es distinta de las naturales) llega a tanto que lo que fuera ganancia o perjuicio no refluía obligadamente en Segovia como persona natural? ¿O se pensará que las sociedades se constituyen para que los beneficios no vayan a parar a las personas naturales o a las sociedades que las integran? ¿O se querrá decir que por esta forma de contratación no se sabía de la inhabilidad del Representante a la Cámara? Pues si esto es así, la investigación debió ofrecer oportunidades para comprobarlo o controvertirlo y es aspecto que no se debió festinar y dar por resuelto sin esclarecimiento mínimo. Dudamos, y mucho, de que el representante legal de Cosmovisión ignorase, en Barranquilla, cómo estaba conformada Sillar y Silbar Almirante, y más todavía que desconociese, en la región atlanticense, que Rodolfo Segovia Salas era Representante a la Cámara, más si en la cláusula 24 se tenía que verificar si había inhabilidad o incompatibilidad, real o posible. Claro que dentro de la línea de argumentación de la Mayoría, es factible excluir esta conjetura, suspecha o deducción, pues si ha tomado al legislador como poco previsor, como desconocedor de la realidad que trata de conjurar (no dejar libre la acción a las sociedades), bien está que el Representante Segovia no apareciese como tal ni para los de Telecaribe, ni para los de Cosmovisión;

e) El proveído encuentra otro decisivo factor de convencimiento en que "todo indica que en realidad este contrato fue real y no simulado, y que en consecuencia esta última sociedad fue en verdad la contratante".

La pobreza del razonamiento llama a turbación. Empezando porque esta *sui generis* dialéctica llevaría a colonestar los contratos directos del incriminado por ser reales. La falacia del aserto radica en que se pretende hacer creer que sólo los contratos simulados (no reales) son los que atraen la prohibición y en consecuencia la represión. El testaferrato es una de las variedades de la contratación y por sus características suele ser la que constituye por sí un indicio magnífico de responsabilidad. Si se logra descubrir que quien aparecía contratando (persona natural o jurídica) apenas era un medio para evadir el control pero que ninguna participación o vinculación tenía en el negocio, *a fortiori* la responsabilidad se muestra de bulto; pero el que la persona natural escogida lleve parte en los beneficios y hasta en los riesgos y que otro tanto ocurra con la persona jurídica, cuando éste es el medio empleado, no menos es hacer desaparecer igual consecuencia de sancionabilidad. Oígase lo que dicen los autores al respecto, para que se advierta cuán de espaldas está la mayoría en la infortunada interpretación que ha hecho de estos textos legales: "La intervención interesada puede ser directa o por persona interpuesta o acto simulado" -Eusebio Gómez-, "no es necesario que la operación se efectúe directamente, antes al contrario, la ley con criterio que responde a lo que más frecuentemente ocurrirá, se refiere al acto simulado Y a la persona interpuesta" -Soler-; "La intención fraudulenta no es requerida" -González Roura-; en igual sentido Maggiori, Manzini. Y, adviértase, que esto se comenta de legislaciones que señalan el ingrediente del personal interés; ¿qué no decir de la nuestra, que lo ha dejado por fuera y contra la figura en la preservación de inhabilidades e incompatibilidades?;

l) No compartimos, ni por pienso, lo de que la inhabilidad e incompatibilidad sólo afecta a la persona natural, cuando contrata como tal, pero no cuando lo hace por estar inserto en una sociedad. Y nos alejamos de tan perjudicial valoración, así conozcamos un pronunciamiento del Consejo de Estado, del que también fervorosamente disentimos (abril 23/93: "...en cambio aún de ser el demandado accionista de la sociedad contratista con entidad pública, aunque se gestione o celebre el contrato dentro del término ya indicado (art. 179-3 C. Política) tampoco se da la causal de inhabilidad comentada, por la clara y bien precisa distinción que nuestra legislación hace de la sociedad y sus asociados (art. 98, inc. 2º, Co. del Co. ..."), así como de otro, que nos suscita igual rechazo, relacionado con bienes mostrencos en los cuales el denunciante lo único que aporta como actividad para conseguir retribuciones es leer los periódicos o ir a las oficinas públicas y enterarse de la actividad de las autoridades en el campo penal, que ya de por sí tienen un procedimiento y se sabe a dónde y a quién van a parar los bienes decomisados y comprometidos en una acción ilícita y punible, decisiones que confinan su acatamiento obligado al caso, sin extenderse a todos los demás en los cuales se puede y debe enmendar lo que se estima desacierto, más si el asunto se involucra en materia y estatutos distintos, regidos por postulados y criterios más severos. Esas resoluciones, a las cuales ningún organismo escapa (y la propia Sala de Casación Penal las tiene a su haber) es dable entenderlas como de aplicación vergonzante (se acatan no sin cierta repugnancia) por su demérito jurídico: o constituyen resoluciones desechables; apenas para una ocasión, pues nadie debiera atreverse a reiterarlas.

No logramos entender cómo el artículo 9-3 atraiga comentarios como el de ser "completamente razonable la anterior disposición, en cuanto prohíbe a las sociedades en que tienen parte los empleados oficiales que hacen parte de la entidad contratante o de sus órganos de dirección. Permitirles a tales sociedades ser contratistas sería darles

vía libre a los empleados oficiales para que contrataran prácticamente consigo mismos", pero, a la vez, se encuentre legítimo, cohido a la ética administrativa y acorde con la sociedad en la cual figuran uno, dos o tres Congresistas, contratar, mediante el representante legal, con el Estado. Con el estilo razonador de la providencia, tampoco estaría mal que el Congresista llegue a disponer, intervenir, decidir, etc., en la celebración de un contrato con la sociedad de la cual hace parte, por razón de ser ésta un ente distinto de esa individualidad del Congresista, o por haber aquélla actuado a través de un representante legal, o no tratarse de negociación simulada sino real.

Tampoco entendemos que, para estos fines, la sociedad diabólica, reprimible, etc., sea aquella en que el inhabilitado o con incompatibilidad tenga "preeminencia tal, que permitiera afirmar que denominaba la empresa o que prácticamente era el dueño de la misma". En este punto también desacierta, lamentablemente la Mayoría, pues olvida que el ingreso de esta clase de personajes por su propia y ambiciosa iniciativa o por el llamado interesado que otros le hagan, no siempre corresponde a un apoderamiento total o significativo del ente societario. Su aporte, cualquiera que éste sea, ya denota importancia y trascendencia porque el solo hecho de constituirlo revela un ingrediente comercial y lucrativista, ya que es de "creer que ninguno descuide sus intereses. Ni que haciendo contratos para ganar deje de ganar todo lo posible" -Eusebio Gómez-; o que es el inicio de una actividad que se mostrará en el futuro más fortalecida. Pero además, el principio quebrantado ("el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que atañe al deber del desinterés personal de la gestión de las funciones públicas, ya que conviene asegurar la cosa pública contra la especulación de los oficiales públicos que los haga poner interés en los actos de su oficio, independientemente del daño que su actitud produzca o no" -Omar Franco Gutiérrez-, "la ley no contempla la posibilidad de un daño económico para la administración pública, sino el peligro determinado por el interés particular para el recto ejercicio de las funciones públicas" -Manzini-) es el mismo cuando se tiene dominio de la empresa, que cuando, siendo socio, carece de esta preponderancia. Lo que ocurre es que en la primera hipótesis es más grotesca o vulgar la conducta e irrita más, pero la segunda, así no exhiba esta característica, debe atraer igual republicana y democrática censura. La experiencia también enseña, aun para el menos malicioso o suspicaz, que la "figuración societaria de personajes tales no se hace desinteresada, gratuita o caprichosamente, sino por las conexiones políticas que suelen tener dentro de la administración, dones de poder fácilmente accionables, sin dejar visibles rastros (a no ser los contratos) y porque aquéllos saben o reciben información sobre las sociedades en las cuales el impedido tiene beneficio e interés. Por eso los demás contratistas les temen y no encuentran medios igualitarios para enfrentarlos, y, por eso mismo, la legislación tiene que ofrecer controles severos, amplios y eficaces para evitar esta descarada o sutil maquinación contratista.

Cuando la ley aguza su eficacia determinando la prohibición de una contratación, realícese ésta en forma directa o por "interpuesta persona", sólo está exigiendo que alguien interesado y que no podía serlo, ejecute el acto de manera directa o valiéndose de otro. A la norma no puede imponérsele, en campo tan delicado en el cual la nobleza e idoneidad del precepto está precisamente en no desviar ni recortar su vuelo, otras exigencias como aludir al daño, al monto de la contratación, o si lo realizó o no una persona natural o una jurídica o si se hizo por representante legal o no, o si fue con licitación o

sin ella, si fue real o simulado, si tenía demasiada o regular injerencia en la sociedad, si era persona muy notoria o conocida o si apenas lo sabía (obviamente que tenía que saberlo) el representante legal porque una de las características de la representación es conocer a quién se representa para evaluar ante quién se responde, qué puede hacerse, qué está prohibido, etc. Por eso Manzini, que escribió para época en la cual el fenómeno societario se mostraba incipiente y no existían la serie de maniobras que hoy pululan y se refinan, dijo: "La alusión a la persona interpuesta, evidentemente, tiene la única finalidad de quitar toda duda acerca de la punibilidad del oficial público que utilice ese subterfugio, eventual, y totalmente innecesario para la conf guración del delito"; y Eusebio Gómez con igual ambiente histórico anotó: "La intervención interesada puede ser *directa* o por *persona interpuesta* o Acto Simulado" denotando así que simular no equivale a persona interpuesta, sino que son situaciones diferenciables, tanto que, en el caso estudiado, puede decirse que el contrato no fue simulado pero sí celebrado por persona interpuesta, así la manera directa evidencie de manera más ostensible la ilicitud.

El ya citado desarrollo institucional del artículo 98, inciso 2°, del Código de Comercio, por parte del Consejo de Estado, fue alegado recientemente ante esta Sala de Casación, rechazándose su aplicación en estos menesteres penales (ver Expediente número 7193, Senador Salcedo Baldión, M. P.: Edgar Saavedra Rojas, Octubre 15/93) ahora, en cierta forma, parece estimularse la adhesión a ese insólito modo de pensar, sin que se den razones encomiables para ello.

Pues bien, la diferencia que puede darse entre personas naturales y las personas jurídicas que aquéllas conforman no está nunca referida para evadir requisitos de constitución ni menos para sustraerse a prohibiciones legales de contratación. Está para otros fines, v. gr., responsabilidades civiles, aspectos fiscales, etc., pero nunca puede tenerse como la panacea de la purificación de vicios, prohibiciones y vedas. Qué tal esa argumentación en el caso de tres Congresistas que, como personas naturales, no se les permite contratar con el Estado, pero si se unen en sociedad o se toman una ya constituida, entonces pueden hacerlo porque como la persona natural es distinta de la sociedad, pues todo lo que en ese campo pueda decirse de los Congresistas no se les puede decir como socios y como sociedad. Esto sería abrir paso a la más rampante inmoralidad, mediante el procedimiento de tomar el rábano por las hojas, o mejor, el Código por las hojas, que ninguna organización democrática toleraría y que, de darse, estimularía una reacción social capaz de sacar de sus fueros a los implicados y exigir correctivos severos e inmediatos. Tal como está la valoración de la mayoría de la Sala, se puede repetir el llamado de la revolución de octubre y su internacional (proletarios de todo el mundo, *uníos*) pero variado el eslogan a "Congresistas de todos los colores, *asociaos*" y a contratar con el Estado. Creemos que en este espinoso campo de la contratación, la inhabilidad y la incompatibilidad se proyectan inevitablemente de la persona natural a la jurídica. La ley, cierto, no puede prohibir que personas inhábiles o con incompatibilidad para ciertas actividades (v. gr., sector público) formen parte de sociedades, porque no puede decirse que la sociedad va a emplearse en ese campo vedado sino en zonas particulares en que sí puede hacerlo. El socio podría decirles a la ley y al juez, que cómo sabe que va a dedicarse a esa gestión prohibida, cuando hay tantos campo de acción societaria legítima y libre de trabas. Por eso es lícita la participación en sociedades. Pero lo que no puede (o no podía antes de este auto que censuramos acremente) es utilizar la constituida para contratar con

el Estado o con entidades que caen dentro de la inhabilidad o la incompatibilidad, porque esto, moral, social, política y jurídicamente merece repudio y sanción, al menos en el sistema jurídico-político que nos rige y con los perfiles de sanidad social o administrativa que se persiguen y para lo cual se dan instrumentos eficaces de preservación.

Piénsese, además, en toda la serie de cortapisas del Decreto 222/83 (Interdicción de derechos y funciones públicas, incumplimientos, caducidades, etc.) que pueden impunemente burlarse mediante la constitución de sociedades sucesivas, ya que el interdicto lo fue la persona natural y no la sociedad; la caducidad afectó a otro individuo o a otra sociedad, pero no al o a la que nuevamente contrata o integra otro ente jurídico.

Si esto pierde rigor, se colapsa el orden ético y se socava la moral pública en este vidrioso tema de la contratación estatal. Si no fueran válidos estos argumentos jurídicos, tan evidentes y simples que se imponen a su simple enunciado, habría que acudir en el ejemplo de los tres Congresistas asociados y que se dedican a contratar de manera real y mediante el representante legal de la sociedad a, dogma católico para afirmar que se trata de tres personas distintas de la sociedad así constituida, pero de un solo contratista verdadero: los Congresistas.

Creemos, sensatamente, que esta doctrina es un rudo golpe a la eficacia inherente a las inhabilidades e incompatibilidades. La norma aparece como desdentada a golpes de jurisprudencia. La decisión de la cual nos apartamos, y conste que lo del Representante de ayer y Senador de hoy, señor Segovia Salas, es asunto económicamente de secundaria monta pero grave, gravísimo, por las repercusiones doctrinarias que ponemos de resalto, alerta, en toque a somatén, para reformar de inmediato la legislación vigente. Y el apremio señalado es mayor cuando se mira la redacción del próximo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (proyecto de ley 205/92 Cámara y número 149/92 Senado, artículos 8º y 9º, actualmente con objeciones presidenciales en su trámite de sanción, *Diario Oficial* agosto 12/93), que si bien mejora y avanza en algunos aspectos, en lo de las sociedades y personas interpuestas perdió fuerza y claridad. Por ahora, repetimos, el precepto legal puede calificarse con la frase bíblica de "espantapájaros ocioso".

Con toda atención,

Jorge Carreño Luengas, Jorge Enrique Valencia M., Gustavo Gómez Velásquez.

CULPABILIDAD / DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL / *IN DUBIO PRO REO* / HURTO / TENTATIVA / SANA CRITICA / CONCURSO APARENTE DE TIPOS

El elemento subjetivo del delito es uno de los aspectos de más difícil prueba, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, aspecto intangible de la personalidad que sólo aflora con la realización de la conducta y es por ello que partiendo de los actos externos realizados por la persona se deduce o infiere la existencia de un comportamiento intencional o no, y cuál la finalidad perseguida con la realización de dicha conducta./ A nivel de delitos contra la vida y la integridad personal, doctrinantes y tribunales han reiterado que aspectos como la calidad del arma utilizada, la forma en que es usada, la distancia desde la cual es utilizada, el número de veces que se reiteró su uso y la región anatómica interesada son elementos trascendentales para deducir la existencia de una determinada intención y de la finalidad perseguida por el autor./ La violación directa de una norma sustancial se da en el caso específico del *in dubio pro reo*, cuando el sentenciador ha reconocido que existían dudas respecto al hecho motivo de juzgamiento y a pesar de ello inaplica el artículo 445, concretándose la violación directa de la ley por falta de aplicación de la norma que era de imperativo reconocimiento al aceptarse dialécticamente la existencia de la duda./ Dentro de la sistemática de la libre apreciación probatoria, establecida por nuestro legislador, el juzgador, atendiendo los lineamientos de la sana crítica, valora los medios de convicción de conformidad con su criterio, que no puede ser desconocido en el recurso extraordinario de casación y menos aún cuando la sentencia se ataca por la presunta violación directa de la ley sustancial./ Si se trata de una misma conducta, perfeccionada en relación con una parte del patrimonio que se vulneró, e imperfecta con relación a otra fracción de éste, nos encontramos frente a un concurso aparente de tipos en el que el tipo de mayor relevancia jurídica subsume al de menor jerarquía.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7124, Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 92, octubre 13/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 15 de octubre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 5 de diciembre de 1991 del Juzgado Once Superior de Bogotá fueron condenados como coautores de los delitos de homicidio tentado y hurto calificado y agravado José Mauricio Jiménez García, Luis Carlos Cuesta Sierra y Germán Orlando Martínez Rojas.

La anterior decisión fue confirmada con algunas modificaciones en relación con las penas accesorias, por sentencia del 8 de abril de 1992, que decidió la apelación sustentada por los defensores.

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

La demanda presentada en representación de José Mauricio Jiménez García se declaró ajustada por reunir las exigencias de ley.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Corporación resuelve lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

En las horas de la madrugada del 7 de abril de 1989, en la calle 66 con carrera 32 de la ciudad capital, un individuo hizo detener al taxista Pedro Isaac León Castillo, para que lo llevara al barrio Claret, pero una vez dentro del vehículo sacó un arma cortopunzante para amenazar al conductor y en tal momento aparecieron otros cuatro individuos, de los cuales dos lograron ingresar al vehículo.

El taxista logró iniciar la marcha del automóvil, por lo cual fue lesionado en varias partes del cuerpo; pero al llegar a la calle 66 con carrera 24 detuvo el vehículo, donde fue auxiliado por otro taxista. Los tres asaltantes se apoderaron de ciento nueve mil pesos en efectivo y emprendieron la huida para ser capturados posteriormente

Actuación Procesal

Por auto del 10 de abril de 1989 se abrió el proceso penal.

El 22 de mayo de 1989 se indagó a José Mauricio Jiménez García; el 6 de junio, a Germán Orlando Martínez Rojas; y se declaró persona ausente Luis Carlos Cuesta Sierra mediante proveído del 1° de septiembre de 1989.

La detención preventiva de los vinculados procesalmente, se decretó el 26 de octubre del año citado.

Por auto del 4 de diciembre de 1990 se cerró la investigación y con fecha del 10 de enero de 1991 se dictó resolución de acusación contra los procesados en calidad de coautores por los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado en grado de tentativa.

En pronunciamiento del 15 de mayo de 1991 el Tribunal de Bogotá confirmó la anterior resolución de acusación, pero reformándola en el sentido de aclarar que el delito patrimonial había sido agotado.

La diligencia de audiencia pública se realizó el 18 de noviembre de 1991; se dictó sentencia de primera instancia el 5 de diciembre del mismo año y de segunda el 8 de abril de 1992.

Las Argumentaciones de la Demanda

El actor plantea la censura al amparo de la causal primera por presunta violación directa de la ley sustancial; por aplicación indebida del artículo 22 del Código Penal "dispositivo amplificador del tipo de homicidio que describe típicamente el artículo 323 del Código Penal, dando lugar a la aparente subsunción de un hecho atípico, a la figura amplificada de tentativa de homicidio y la no aplicación del artículo 331 *ibidem*, que consagra el delito de lesiones personales y sus respectivos agravantes del artículo 339 del mismo código, demostrada en autos; así mismo la no aplicación en favor de mi defendido José Mauricio Jiménez García del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, o sea el principio de *in dubio pro reo*".

Igualmente formula otro reproche, por aplicación indebida de los numerales 6º y 10 del artículo 31 del Código Penal "por cuanto no se dio en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como de las pruebas aportadas al proceso, el delito de hurto calificado y agravado, sino el de tentativa (art. 22 *ibidem*) de hurto, ya que tal reato no se consumó".

En la sustentación del cargo el demandante se refiere a la primera tesis, esto es, la relacionada con la existencia de un delito de lesiones personales y no uno de homicidio en grado de tentativa al sostener que "lo que sea es un dolo de ímpetu al causarse lesiones personales; si con el propósito de lesionar se hubiere causado la muerte, se hubiera dado un delito preterintencional consumado, el cual no admite tentativa".

Prosigue el libelista diciendo que si la intención hubiera sido homicida muy fácil les hubiera quedado cortarle el cuello y que si no lo hicieron es porque ello hubiera constituido un suicidio, puesto que el vehículo estaba en movimiento.

Afirma que de manera regular los delitos que admiten tentativa son aquellos que se ejecutan gradualmente, "o sea aquellos que en su proceso ejecutivo o *iter criminis* puede descomponerse en varios actos" y que no admiten tentativa los delitos culposos, ni los preterintencionales; que si el ofendido hubiera muerto se hubiera consumado un homicidio preterintencional, argumentaciones que lo llevan a concluir que se incurrió en una aplicación indebida de una norma del Código Penal, la relacionada con el homicidio en grado de imperfección, pues lo que existió en realidad fue un delito de lesiones personales.

El recurrente fundamenta la segunda tesis, que relaciona con la no aplicación del principio del *in dubio pro reo*, en el hecho de que la captura de su defendido se efectuó cerca al lugar de los hechos, cuando se desplazaba de occidente a oriente, siendo que de acuerdo con el dicho del ofendido y de quien lo auxilió los atacantes huyeron con rumbo al occidente, lo que estaría significando que el procesado se regresó sabiendo que detrás de él iban sus perseguidores. Tales circunstancias, para el casacionista, producen duda de que su mandante en realidad hubiera participado en los hechos, y a ello agrega que éste no fue reconocido por la víctima en la respectiva diligencia.

Considera el impugnante que los indicios tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia no eran suficientes para proferir sentencia condenatoria porque se trata de

indicios contingentes, de carácter leve y que por tanto se le ha debido reconocer el beneficio del principio alegado.

En relación con la tercera tesis, el actor asegura que se aplicaron indebidamente las normas relacionadas con el hurto agravado y calificado como delito consumado, pues considera que quedó en grado de tentativa.

Con respecto al dinero que el taxista dice haber llevado, el defensor duda sobre su real existencia, pues las afirmaciones de aquél no fueron probadas, porque se habla de un supuesto venta del vehículo y de un supuesto préstamo de dinero, pero que tales hecho no fueron demostrados de conformidad con las normas del Código Civil.

Sostiene el recurrente que siendo el denunciante un policía, hermano del ofendido, y quien realizó la requisa a Martínez Rojas, quiso beneficiar a su consanguíneo diciendo que el dinero era de él

En relación con el vehículo sostiene que sobre éste nunca hubo real apoderamiento, porque nunca salió de la esfera de custodia de su dueño, argumentos que lo llevan a concluir la existencia de un delito patrimonial en grado de tentativa

El Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Luego de analizar uno por uno los tres cargos presentados, el Delegado solicita no se case la sentencia con base en las siguientes argumentaciones:

En referencia al primero, cuando se cuestiona en la censura que no se trata de un delito de homicidio sino de uno de lesiones, sostiene el Procurador que el libelista se dedica a hacer planteamientos de carácter general "pero frente al caso concreto sus afirmaciones se quedan en la afirmación teórica, sin que tengan la capacidad para demostrar la ilegalidad del fallo de instancia, en lo concreto".

Considera que el fallo es coherente y claro; comparte a plenitud la existencia de un homicidio tentado y transcribe un aparte pertinente del fallo de segunda instancia, donde se hacen una serie de consideraciones sobre las heridas, la idoneidad de las armas utilizadas y las formas en que lo fueron, para concluir la existencia del homicidio en grado de frustración.

Luego aporta sus reflexiones en orden a demostrar cómo es necesario recurrir a una serie de elementos externos y objetivos, tales como la clase de arma, el número de golpes, región anatómica interesada, de los cuales se ha de inferir la intención criminal. Así termina concluyendo que se debe rechazar el cargo formulado.

En relación con el segundo cargo en el que se afirma la violación directa de la ley sustancial por el no reconocimiento del principio *in dubio pro reo*, el Ministerio Público afirma: "El demandante plantea toda la demanda, y por ende este cargo, acudiendo a la causal primera de casación, cuerpo primero, esto es, la violación directa de la ley sustancial".

"No obstante esto dentro del cargo se dedica a controvertir el material probatorio, por lo que entremezcla el cuerpo primero, con el segundo de esta causal, lo cual no está técnicamente permitido. Cuando se acude a la causal primera se deberán aceptar los hechos y las pruebas en la forma como fueron plasmados por los jueces de instancia. En

este caso el censor no respeta esta regla y por el contrario se dedica a efectuar una nueva crítica de la prueba de cargo que obra en contra de su defendido".

Previa transcripción de un aparte de la demanda en el que la censura propugna por el necesario reconocimiento de la duda, por la existencia de pruebas en sentido contrario, el Delegado opina que es un criterio equivocado porque "Es incontrovertible que la duda no está en la prueba, ni la existencia de pruebas divergentes entre sí forzosamente lleva a dudar, visto que en los procesos de conocimiento, y en el que se denomina de sana crítica probatoria especialmente, existe la eliminación de contrarios en una correlación dialéctica que permite descubrir la verdad en la contraposición de los opuestos, con base en los principios científicos, de experiencia humana, y de lógica formal".

"Por ello el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal impone la apreciación 'en conjunto' de las pruebas, para que en cotejo de opuestos se elimine lo que no corresponde a la verdad, según el sano criterio del juzgador de la prueba. De otra parte, éste es un problema de valoración de las pruebas, como se ve claramente de lo dicho, que no es admisible como fundamento del rompimiento del fallo judicial por vía del recurso de casación".

El Colaborador de la Sala transcribe otro aparte del libelo, respecto del cual sostiene que se limita a controvertir la prueba indiciaria, en su valor, que no es atacable en casación, por no tratarse de una nueva instancia.

En últimas, solicita la no prosperidad del cargo.

En referencia al tercer cargo, critica que se incurra en errores similares a los anteriores, porque teniendo en cuenta que postula la existencia de una violación directa de la ley sustancial "termina controvirtiendo el valor que se les dio a algunos elementos probatorios, lo cual no es permitido a la luz del cuerpo primero de la causal primera, por cuanto en esta vía se deben aceptar los hechos y las pruebas en la forma como los planteó el Tribunal sentenciador".

De igual forma el funcionario transcribe apartes del libelo donde se critica la credibilidad dada a los testimonios de cargo, a lo que le responde que "La credibilidad de los llamados testimonios de cargo no es materia atacable en casación, por encontrarnos bajo el sistema de la sana crítica en virtud del cual es el juez exclusivamente, el que determina el valor de cada elemento probatorio debiendo sólo someterse en su valoración a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia".

Dice que el delito patrimonial se consumó no en relación con el automotor, pero sí en relación con el apoderamiento del dinero en efectivo que llevaba el taxista.

Concluyendo, por tanto, que no se acepte el cargo.

Consideraciones de la Sala

Bajo una misma causal de violación directa, el casacionista plantea la existencia de tres tesis, que en realidad son tres cargos presentados de manera separada, pero al amparo de la misma causal.

En el primero de los cargos considera que no se dio un homicidio en grado de tentativa, sino uno de lesiones personales, por haberse actuado con dolo de ímpetu.

El argumento central para sostener tal posición es que si realmente lo hubiesen querido matar lo habrían podido hacer e incluso considera que si ésa hubiera sido la intención habría sido un verdadero suicidio de los agresores, puesto que el vehículo estaba en movimiento.

Lo han reconocido la doctrina y la jurisprudencia de manera uniforme y reiterada que el elemento subjetivo del delito es uno de los aspectos de más difícil prueba, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, aspecto intangible de la personalidad que sólo aflora con la realización de la conducta y es por ello que partiendo de los actos externos realizados por la persona se deduce o infiere la existencia de un comportamiento intencional o no, y cuál la finalidad perseguida con la realización de dicha conducta.

A nivel de delitos contra la vida y la integridad personal, doctrinantes y tribunales han reiterado que aspectos como la calidad del arma utilizada, la forma en que es usada, la distancia desde la cual es utilizada, el número de veces que se reiteró su uso y la región anatómica interesada son elementos trascendentales para deducir la existencia de una determinada intención y de la finalidad perseguida por el autor; y la utilización de tales elementos para inferir el objetivo buscado es lógico, así por ejemplo, las reglas de la experiencia nos indican que si se tiene un arma de fuego automática, pero se utiliza como medio contundente es perfectamente posible pensar que no existía ánimo homicida, sino de lesionar; o que el ánimo era simplemente de asustar si el arma de fuego se utiliza a una distancia que supera el alcance normal de la misma. Por el contrario, así se trate del arma más insignificante, desde el punto de vista de su poca potencialidad ofensiva, pero se utiliza un sinnúmero de veces y sobre una región anatómica altamente vulnerable, se podría pensar en la existencia de un ánimo homicida y no el de simplemente lesionar.

En el caso concreto que se encuentra a estudio de la corporación si se analiza el dictamen médico-legal se observa que se causaron múltiples heridas con arma cortopunzante, ocasionadas en el miembro superior derecho y en el tórax, que en posterior ampliación se determinó de conformidad con la historia clínica "...sufre HACP en tórax (región precordial) y en región toracoabdominal derecha. Rx tórax que evidencia hemoneurotórax izquierdo; el HTD sin alteraciones. SS nuevas Rx de tórax postextubación que es reportada sin alteración. .".

"Con lo expuesto anteriormente, sin tener en cuenta el tratamiento recibido, esta lesión desde el punto de vista de la capacidad para producir la muerte puede considerarse como de naturaleza simplemente mortal".

Fr las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado estamos en presencia de un caso típico de tentativa de homicidio y en tales condiciones el cargo debe ser rechazado

El segundo cargo por no haberse reconocido en favor del procesado el *in dubio pro reo*, también bajo el amparo de la violación directa, acertadamente lleva al Procurador Delegado a censurar la falta de técnica del recurrente por hacer una serie de consideraciones de tipo probatorio para efectos de demostrar la existencia de la duda y que motivan al Fiscal a considerar que ante la postulación de una violación directa de la ley sustancial han de respetarse los hechos tal como aparecen probados, de conformidad a conocida y reiterada doctrina de esta Corporación.

La Corte en varios pronunciamientos ha sostenido que la violación directa de una norma sustancial se da en el caso específico del *in dubio pro reo*, cuando el sentenciador ha reconocido que existían dudas respecto al hecho motivo de juzgamiento y a pesar de ello inaplica el artículo 445, concretándose la violación directa de la ley por falta de aplicación de la norma que era de imperativo reconocimiento al aceptarse dialécticamente la existencia de la duda.

Es claro que en este caso concreto los juzgadores de instancia en ningún momento reconocieron la existencia de aspectos dudosos desde el punto de vista probatorio, bien porque no consideran suficientemente probado el cuerpo del delito o bien porque existieron interrogantes sobre la verdadera responsabilidad del procesado.

Al no haber reconocido los sentenciadores la existencia de la duda, es evidente que el ataque ha debido ser formulado al amparo de la causal primera, pero por violación indirecta, porque correspondía al casacionista demostrar que el sentenciador incurrió en un error de hecho (por haber omitido la consideración de medios de convicción, por haber apreciado los que eran inexistentes, o haber tergiversado el sentido fáctico de un medio de prueba), o en uno de derecho (por haber considerado medios de convicción que se habían producido o aducido violando sus propios ritos de formación, o por haberles dado a los medios de convicción un valor diverso al asignado por la ley o desconocido el que la misma le da) y que como consecuencia de tales yerros existen dudas que han debido ser resueltas en favor del procesado.

Son entonces evidentes las fallas técnicas que exhibe el libelo, porque pretendiendo el reconocimiento de una violación directa, olvida la postulación de la causal escogida y se enruta por caminos destinados a una impugnación diversa; pues, por la indicada le estaba vedado hacer consideraciones de tipo probatorio como bien lo anota el Procurador Delegado y es por ello que estando de acuerdo con su criterio, se rechazará el cargo formulado.

En el tercer cargo se pretende demostrar la violación directa de la ley por haberse condenado por un delito de hurto calificado y agravado consumado, cuando, en sentir del actor, se quedó en grado de tentativa porque el vehículo nunca salió de la esfera de dominio del conductor puesto que nunca fue desposeído del mismo, y tampoco en relación con el dinero, a cuyo propósito el libelista pone en duda su existencia, puesto que las explicaciones dadas por el ofendido no satisfacen las condiciones de credibilidad necesarias para atenderlas.

En verdad, tratándose de violación directa de la ley sustancial, no se pueden desconocer los hechos tal como fueron probados y es claro el Tribunal al conocer de la apelación de la resolución de acusación cuando afirma que si bien el apoderamiento sobre el vehículo no se concretó, sí se perfeccionó el delito patrimonial en relación con el dinero que el taxista llevaba y que sería recuperado al ser capturados algunos de los autores del hecho.

De la misma manera en la sentencia condenatoria de primer grado, el funcionario del conocimiento considera que el apoderamiento del dinero se encuentra demostrado por el dicho del propio ofendido, y por las declaraciones juramentadas de Etelvina Camacho de Movil y José Rodrigo Camacho.

Mal puede el impugnante, como se dijo atrás, bajo el amparo de la causal primera, por la supuesta violación directa de la ley sustancial, criticar a los sentenciadores porque acogieron sin ninguna reserva las afirmaciones de los testigos de cargo en relación con la existencia y procedencia del dinero, porque es bien sabido que dentro de la sistemática de la libre apreciación probatoria, establecida por nuestro legislador, el juzgador, atendiendo los lineamientos de la sana crítica, valora los medios de convicción de conformidad con su criterio, que no puede ser desconocido en el recurso extraordinario de casación y menos aún cuando la sentencia se ataca por la presunta violación directa de la ley sustancial.

Es preciso hacer algunas reflexiones en torno a la consumación del hecho punible de hurto, porque si se recuerda, la resolución de acusación de primera instancia se formuló por ese delito, agravado, en grado de tentativa, por estimar el funcionario calificador que no se había perfeccionado el apoderamiento del vehículo; pero dicha decisión al ser motivo de alzada, fue modificada por el superior, aceptando que la apropiación del automotor no se había consumado, pero concluyó que el apoderamiento del dinero que portaba el conductor sí se dio y que, por tanto, era posible predicar la existencia de un delito de hurto perfecto, porque se trataba de una misma y única conducta.

Es claro que en esta última parte razón le asiste al *ad quem* porque no es posible pensar en la existencia de dos conductas autónomas, una imperfecta en relación con el automóvil y otra consumada respecto del dinero que portaba el taxista.

Es preciso, entonces, darle una solución jurídica al problema planteado, porque si se trata de una misma conducta, perfeccionada en relación con una parte del patrimonio que se vulneró, e imperfecta con respecto a otra fracción de éste, cuál la respuesta que se ha de dar y cuáles los elementos que deben ser tenidos en cuenta para fundamentar jurídicamente por qué en este tipo de casos debe tenerse la conducta ilícita como consumada o no, ante la realidad de dos diversos resultados de la misma acción.

En un caso similar de extorsión, pero en realidad diverso al aquí debatido, en el cual se demandó una determinada cantidad de dinero, de la que sólo se alcanzó a entregar una parte, puesto que la totalidad exigida se frustró por la oportuna intervención de la Fuerza Pública, la Corte sostuvo que no obstante la ejecución de múltiples comportamientos, éstos estructuraban una sola infracción a la ley penal. En efecto, dijo:

"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 de la víctima -que a la primera cita y previo operativo montado pero fallido concurrió llevando solamente un millón de pesos, cuando lo esperado por aquéllos 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". (Auto, septiembre 29 de 1993. M. P.: Doctor Dídimo Páez Velandia).

En la situación bajo examen la Sala ha concluido, como con acierto lo dedujera el sentenciador de segundo grado, que se trata de una sola conducta con dos resultados; uno obtenido, cual fue la apropiación del dinero y el otro, frustrado, por cuanto los procesados no lograron apoderarse del taxi.

En estas condiciones, es preciso reconocer que nos encontramos frente a un concurso aparente de tipos, dada la posibilidad de pensar que el hecho puede simultáneamente adecuarse a la norma del hurto consumado y a la del hurto tentado. Esta hipótesis de doble adecuación típica cuando sólo es posible que se produzca una, permite recurrir a una de las diversas soluciones que la doctrina ha procurado para los casos de concurso aparente de tipos y concretamente al principio de consunción según el cual *lex consumens derogat legi consumptae*, que significa "que el tipo de mayor relevancia jurídica subsume al de menor jerarquía y por ello, cuando una conducta encaja en dos tipos de los cuales el uno contiene íntegramente al otro, se aplicará el de mayor riqueza descriptiva cuya más grave sanción realiza cumplidamente la función punitiva no sólo por cuenta propia sino por cuenta del otro tipo" (La tipicidad. Página 313. Alfonso Reyes Echandía. E. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976).

Otra vía de solución al problema planteado puede hallarse en Carrara, quien asumió el análisis de una situación con las características de las que son objeto de este pronunciamiento. En efecto, el tratadista expresó:

"En el caso de un ladrón que, después de haberse apoderado de una suma de dinero, es sorprendido cuando se disponía a apoderarse de otra suma y se le impide realizar su propósito, algunos sostienen que debe admitirse la concurrencia del hurto consumado, en cuanto a la suma de que el ladrón ya se había apoderado, y de hurto intentado, en cuanto a la suma de la que aún no se había apropiado. De esta manera, se consideran como dos conceptos distintos la idea de tomar la primera suma y la idea de tomar la segunda suma, y por esto se ha dicho que el primer propósito se había cumplido y el segundo no, y que, por consiguiente, se tenían dos títulos distintos de delito".

El autor en cita rechaza el criterio anterior y propone que:

"Si el hurto intentado de doscientos francos representa en la escala penal una cantidad política mayor que el hurto consumado de cien francos, deberá aplicarse el título de hurto intentado de doscientos francos, y así nos encontramos en los simples límites de la tentativa, ya que no se ha efectuado el designio único más perverso".

"Por el contrario, si en la escala penal el hurto consumado de cien francos representa una cantidad política mayor que el hurto intentado de doscientos francos, sin duda alguna estamos en la configuración del exceso, pues la pena del hurto consumado cancela la deuda mayor del culpable. La doctrina de la prevalencia es apodíctica en la práctica, pues que salva todo; salva la verdad ontológica, y salva la justicia de todo peligro al que se vería expuesta por causa de la sumisión a la verdad ontológica". (Carrara. Opúsculos de Derecho Criminal. vol. I, pág. 327. E. Temis Bogotá, 1976).

Dentro de los criterios expuestos y para efectos de la punibilidad de la conducta que se juzga, esto es de hurto consumado en cuanto al dinero en efectivo que portaba el taxista, es claro que las instancias consideraron que la pena mayormente imponible correspondía por el delito de hurto consumado en cuanto al dinero, y es por ello que se decidieron por el juicio de responsabilidad en cuanto al delito consumado.

En el caso concreto analizado, entonces, sea que se atienda a la prevalencia de los intereses afectados con el delito o bien a la solución brindada por el principio de consunción, el responsable tendría una mayor penalidad con el delito de hurto consumado y en tales condiciones es por esa conducta que debe ser declarado responsable.

Como el procesado recurrente fue condenado por el delito de hurto consumado, no es del caso hacer ninguna variante a lo resuelto por las instancias.

En las condiciones anteriores considera la Sala, compartiendo en ello el criterio del Procurador Delegado que el cargo debe ser rechazado.

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

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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M. (salvo parcialmente mi voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TENTATIVA / CONCURSO

(Salvamento Parcial de Voto)

Con todos mis respetos por algunos de los conceptos expuestos en la sentencia de casación me interesa fijar mi parecer sobre algunas de las materias tratadas, en lo que representa un claro distanciamiento con la tesis de la mayoría:

nocida la parte histórica del asunto y ante el hecho irrefutable que los ladrones en momento ninguno tuvieron la autonomía suficiente para disponer a su arbitrio de las cosas, materia de la acción punitiva, soy de la opinión que debe hablarse de un *crimen in itinere* en donde no se produjo el resultado por causas ajenas a la voluntad de los sujetos pero no de un delito consumado por haberse cumplido el tipo legal del delito (criterio de disponibilidad). Hay aquí, si bien se ve, un desvalor de resultado propio de la tentativa. Formulo esta salvedad sin insistir mayormente en su desarrollo por cuanto la Sala conoce a suficiencia mi punto de vista disidente sobre este específico tema. Seguramente que no acierto, pero así y todo, estoy obligado a externar el fuero de mi sinceridad. En este orden de cosas, me parece, que el tercer cargo presentado por el casacionista ha debido prosperar.

2º. Me esfuerzo en decir que no veo claro cómo en el supuesto de autos puede hablarse de un concurso aparente de tipos con aplicación del criterio de subsunción. La bondad de semejante apreciación es harto discutible. Me parece -no obstante tan respetable opinión- que existe en el itinerario causal de los hechos, una conducta unitaria, una unidad de resolución y un factor final que da sentido a la acción prohibida como trataré de patentizarlo en las líneas que siguen.

Y bien:

a) Las partes componentes de un episodio penalmente disvalioso constituyen un ámbito de unidad de acción -en sentido jurídico- cuando no obstante la pluralidad de ejecución de actos parciales, éstos se dirigen contra un mismo bien jurídico, con identidad específica del comportamiento delictivo y una cierta conexión témporo-espacial de los sucesos individualmente considerados (aspecto objetivo), con arreglo a un acto unitario de voluntad (aspecto subjetivo). La realización de la injuria mediante la repetición de plurales frases ofensivas, la ejecución de un hurto al través de varias acciones de

apoderamiento, la práctica de diversos actos sexuales sobre un mismo sujeto pasivo, etc., constituyen hipótesis claras en donde se aprecia una unidad jurídica de acción con arreglo al sentido particular de cada tipo;

b) Para la apreciación de la unidad o pluralidad de delitos no es elemento decisivo el número de resultados -que entre otras cosas no pertenece a la acción bien que constituye una parte del tipo legal- sino el desvalor real de la acción propiamente tal. La estimación de la unidad típica de acción tiene que ver, pues, con la realización plural de una misma conducta penal en donde se requiere que la afectación del interés penalmente protegido experimente "una agravación puramente cuantitativa mediante la repetición plural del tipo", y, más de esto, que el hecho responda a "una situación de motivación unitaria" (Jeschek);

c) En el caso de la especie y dentro de una línea de continuidad psíquica, los codelincuentes, en un corto espacio de tiempo, se apoderaron de un vehículo y más tarde de una suma de dinero que portaba el conductor del rodante. Es de mencionar aquí que la realización repetida de un mismo tipo de injusto (hurto), la dirección de los actos individuales contra igual bien jurídico (el patrimonio), la distancia temporal y espacial estrecha entre ambos comportamientos, el desarrollo de un idéntico esquema criminal, el aprovechamiento de la misma situación fáctica, la homogeneidad en la forma de comisión y la presencia inequívoca de un dolo unitario que abarca la conducta concreta en sus rasgos esenciales, determinan no ya dos hechos típicos por sí solos sino una unidad de acto de voluntad o una unidad valorativa jurídico-penal en el acontecer de la acción dentro de un amplio contexto de voluntad final. Fuerza, entonces, concluir que esos dos actos de igual naturaleza, relacionados en forma inmediata ante la similitud de la situación externa o empírica que la motiva, constituyen un solo delito de hurto, o si se prefiere, integran una sola unidad de acción típica sin que pueda afirmarse que la segunda actuación determine la realización de un nuevo contenido de injusto.

3ª. Me parece a mí -asumiendo naturalmente todos los riesgos de mis yerros y equivocaciones- que la anterior es una interpretación razonable del supuesto de hecho típico ante el cual se enfrentó la Corte. Confieso, además, que después de examinar, reexaminar y repensar, casi a la letra y con buena meditación, la definición que la Sala diera a este asunto no he logrado asimilar la juridicidad de la solución brindada. Lo afirmo así con exacta frase y leal convencimiento. Conste, por lo demás, el sesgo atrevido de mi pensamiento y un delicado respeto al criterio de mis compañeros de Sala.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS

La acumulación jurídica de penas solamente opera en dos eventos: a) Cuando se trata de delitos conexos fallados separadamente, y b) En los demás casos, si para el momento del primer fallo procesalmente era viable la acumulación pero no se dio por cualquier motivo. / Se pueden acumular las penas respecto de sentencias condenatorias.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8083. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 093-X-14/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de octubre de 1993.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de febrero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) condenó a Faunier Chavarro a 20 años de prisión por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Hechos y Actuación Procesal

1. En La Dorada (departamento de Caldas), el 2 de diciembre de 1988, a la salida del Bar Andalux, el agente de la Policía Nacional José Jair Cardona Murillo fue muerto a bala por su homólogo el agente Faunier Chavarro, quien para el efecto utilizó una pistola calibre 9 mm.

2. El Juzgado Doce de Instrucción Criminal de ese municipio abrió investigación, practicó unas pruebas y escuchó en indagatoria a Chavarro (quien se hallaba ya por cuenta de otro Juzgado), resolviendo su situación jurídica el 14 de febrero de 1990, con auto de detención por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (fls. 161 y ss.-1). En la misma providencia se ordenó remitir el expediente a la jurisdicción de Orden Público.

Apelado ese auto, el Tribunal Superior de Manizales se abstuvo de conocer del recurso, señalando que el competente para hacerlo era el Tribunal de Orden Público, el que efectivamente mediante auto de 27 de junio confirmó la alzada (fls. 228 y ss.).

El Juzgado Primero de Orden Público de Manizales avocó el conocimiento del proceso, y cruzó con el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad información sobre sendos procesos que allí se adelantaban a Chavarro (fls. 245 y ss.). El Juzgado Primero Superior respondió que allí cursaban varios procesos contra Chavarro por los delitos de homicidio (triple homicidio), hurto, encubrimiento y porte ilegal de armas, procesos acumulados en los cuales "se fijó la hora de las nueve de la mañana del próximo 12 de octubre para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública" (fl. 256).

El Juzgado Primero de Orden Público, mediante auto de 24 de septiembre de 1990 (fl. 273), de conformidad con el artículo 46 del Decreto 180 de 1988 y por encontrar perfeccionada la investigación, corrió traslado para alegar. Respecto de la acumulación que venía siendo pedida por el procesado Chavarro, dijo:

"En lo relacionado con la acumulación a que hace referencia el procesado Faunier Chavarro, teniéndose en cuenta que este proceso aún no se encuentra en estado de dictar sentencia, como lo exige el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 2°, que contempla la posibilidad de acumular un proceso tramitado por el procedimiento abreviado como en este caso particular a uno tramitado por la vía ordinaria como es el caso del proceso tramitado en el Juzgado Primero Superior de esta ciudad, se resolverá sobre el particular una vez venza el traslado a que se refiere el acápite primero de este pronunciamiento y entre al Despacho el expediente para dictar sentencia".

Se informó lo así resuelto al Juzgado Primero Superior y luego se ratificó la decisión de no acumular aún (fl. 279).

El Juzgado Primero Superior informa al Juzgado Primero de Orden Público que a su vez ha negado acumular los procesos que se llevan en esos despachos (por carecer de competencia, dice), y que todavía se encuentra pendiente la audiencia pública. Del mismo modo, discrimina los tres procesos que -acumulados- allí se adelantan contra el mencionado Chavarro (fls. 287 y 288).

En su alegato de conclusión para sentencia, la Fiscal del Juzgado Primero de Orden Público de Manizales pide la condena del procesado, mas el Despacho se pronuncia primero en relación con la acumulación de los procesos. En definitiva estimó que aquélla no procedía porque el proceso del Juzgado Primero Superior todavía no se encontraba para sentencia, como que faltaba la audiencia pública (fls. 312 y ss.).

Apeló de ese auto el procesado y su defensor oficioso pidió a su vez reposición y en subsidio apelación. El Juzgado por auto de 21 de diciembre de 1990 (fls. 336 y ss.) no repuso, reiterando que para que la acumulación proceda es imprescindible que ambos procesos se encuentren para proferir sentencia, cosa que no ocurre en el presente caso.

Concedida la apelación el Tribunal Superior de Orden Público, por auto de 12 de marzo de 1991 (fls. 354 y ss.) confirmó la decisión del Juzgado. Estimó al respecto que "por ser una acumulación de procesos que se adelantan bajo dos ritos procedimentales distintos, doctrinariamente se ha considerado como atípica, pues para que tenga operancia es necesario que juntos procesos estén para proferir fallo" (fls. 355 y 356). Citó el artículo 87-2 del Código de Procedimiento Penal, y consideró que el proceso que se adelanta en el Juzgado de Orden Público debe ser tenido como "abreviado especial". "Empero -dijo- no se torna viable la acumulación alegada por el defensor -al menos en

este estadio investigativo- por cuanto aún no están en el mismo estado procesal, conforme lo exige el artículo 87-2 en comento" (fl. 357).

A través de la Asesoría Jurídica de la Cárcel, el procesado hizo llegar una constancia de 14 de junio de 1991, según la cual el referido proceso del Juzgado Primero Superior de Manizales "se encuentra al Despacho para sentencia" (fl. 350), habiéndose ya desde luego verificado la audiencia pública.

El proceso fue enviado al Juzgado de Conocimiento de Orden Público de Medellín, el cual, el 15 de agosto de 1991 dictó la sentencia respectiva, por medio de la cual, en armonía con el auto de detención, condenó al procesado Faunier Chavarro a la pena principal de 30 años de prisión, 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 perjuicios. Así mismo, dispuso dar aviso del fallo al Juzgado Primero Superior (para que fuera puesto el procesado a disposición una vez se le resolviera allí) y que no cabía causal alguna de libertad (fls. 364 y ss.).

Esa providencia fue apelada por el Fiscal, que insistió en la nulidad por no haberse ordenado la acumulación, obrando prueba para ello; en subsidio solicitó la reducción de la pena principal impuesta al procesado. "Piensa entonces esta Fiscalía -dijo- que se ha vulnerado el debido proceso por cuanto el acusado Faunier Chavarro tenía pleno derecho a la acumulación de los procesos y, con ella a que se profiriera en su contra, si fuere del caso, una sola sentencia con aplicación del fenómeno jurídico de acumulación de penas que atempera la sanción, en lugar de la acumulación aritmética de penas, siguiendo los lineamientos del artículo 26 del Código Penal y lo pertinente del Código de Procedimiento Penal" (fl. 392).

Si no prospera la nulidad, dice la Fiscalía que la pena debe regirse por el artículo 26 del Código Penal, teniendo en cuenta que al no existir la finalidad terrorista, el precepto aplicable al procesado por razón del arma es el artículo 2º del Decreto 3664 de 1988.

El procesado y su defensor también apelaron del fallo, no sólo para insistir en la nulidad por no haberse decretado la acumulación, sino protestando por la pena impuesta.

3. La Fiscalía del Tribunal de Orden Público conceptuó que la nulidad del proceso debía decretarse. Tildó de "inexplicable" la actitud del Juzgado de no acumular los procesos, demostrado como estaba que los dos "se encontraban en el mismo estadio procesal" (fl. 6-2). Agrega que la acumulación no puede quedar al "simple capricho del juzgador", sino que es obligatoria, resultando de su inobservancia un atentado contra el debido proceso. Dice que por esa omisión se causó al procesado "un grave daño en forma injusta", y que la nulidad debe estar encaminada a que los procesos se acumulen. En subsidio, pide confirmar la sentencia con la reducción de pena expuesta por el Fiscal apelante.

El fallo que impugnó en casación el defensor oficioso del procesado, el Tribunal confirmó el de primera instancia, reduciendo la pena a 20 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a 10 años, como lo ordena la ley (fls. 8 y ss.-2). En cuanto a la acumulación dice que el juzgador "no podía desconocer" (fl. 22 2) que estaban dados los presupuestos para la viabilidad de la misma, omisión que se dio y que "constituye una grave irregularidad", pero que no genera nulidad, "pues no

se afecta el derecho de defensa ni la estructura del debido proceso" (fl. 23). En apoyo de su tesis cita una sentencia de esta Sala de Casación de 23 de agosto de 1988 (M. P.: doctor Páez Velandia), en la cual se lee que la nulidad no procede cuando no se acumula, "pues ésta es una medida de política criminal tendiente, como se sabe, a evitar la suma aritmética de las penas, condicionada al oportuno conocimiento que los distintos despachos judiciales lleguen a tener de los diversos procesos..." (fl. 23 cit.).

La Demanda

Dentro del marco del numeral 3º del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, el actor invoca la nulidad de la actuación, con base en los numerales 2º y 3º del artículo 305 *ibidem* (atentados al debido proceso y a la defensa del procesado). Hace un recuento de los pormenores procesales tendientes a establecer la acumulación de los procesos, la cual, dice, no se dio debido a "omisiones constitutivas de nulidad procesal" (fl. 70-2).

Enfatiza en que para el momento de dictarse la sentencia en este proceso, ya se daban los presupuestos para la acumulación, como que se había realizado audiencia en el Juzgado Primero Superior de Manizales. Dice que en el proceso que cursó en este último Juzgado se dictó sentencia que se recurrió en casación, la cual "está en trámite".

Insiste en que la acumulación es un derecho del procesado y debe imprescindiblemente hacerse cuando como en este caso se cumplen los requisitos. "Qué mayor irregularidad -dice- que haberse dado lugar al trámite simultáneo de dos procesos contra el mismo Faunier Chavarro, cuando sólo correspondía adelantar uno a partir del momento en que ambos procesos cumplieron con los requisitos legales..." (fls. 72 y 73).

Recalca que se atentó contra el derecho de defensa, porque en lugar de "una" pena es sometido el procesado a "dos penas", y recalca que siempre la Procuraduría creyó en que existía por esa razón nulidad y así lo pidió, siendo rechazada la tesis por erróneo criterio del Tribunal.

Pide, pues, la nulidad para que "se abra" la posibilidad de acumular los procesos, siempre y cuando, agrega, también se case la otra referida sentencia del Juzgado Primero Superior de Manizales.

En estos términos solicita se case el fallo.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal dice en primer término que el actor hace una afirmación "sin fundamentos relativos a su alegación, menciones indiscriminadas de irregularidades procesales cometidas o, como en el caso presente, denuncias de infracción a la ley de ritos sin demostración clara de los perjuicios que ellas hayan acarreado a las bases fundamentales del debido proceso, o con prescindencia de mejores y más rápidos remedios procesales" (fl. 19).

Luego critica que en la nulidad alegada el casacionista mezcla dos motivos de ataque (al derecho de defensa y al debido proceso), "e incluso que tal como se presenta su

solicitud, el éxito de su pretensión está supeditado al trámite de otra demanda de casación, lo que resulta del todo inadmisible en esta sede extraordinaria".

Aclara la Delegada que hoy día existe la acumulación jurídica de penas impuestas en diferentes procesos contra la misma persona, funciones que deben cumplir los jueces de primera instancia, mientras entren a regir los jueces de ejecución de penas y de medidas de seguridad.

Anota que la acumulación de causas "es una figura que exclusivamente pretende evitar el desgaste del aparato jurisdiccional... y que antaño constituía una medida de protección al implicado...".

Indica los requisitos para la acumulación de procesos y dice: "siendo ello así, forzoso es concluir que en aquellos eventos en los que no se reúnan las exigencias legalmente señaladas, como cuando no se ha previsto en el trámite respectivo el proferimiento de una resolución de acusación, o está ausente cualquiera de los demás requisitos, no resulta procedente el decreto de la acumulación y su omisión no puede entrañar menoscabo alguno al debido proceso o al derecho de defensa".

No obstante ello expresa que "si bien se descubre la irregularidad denunciada en el libelo", la misma no conforma nulidad, "porque el rompimiento del rito no alcanza de manera alguna la entidad de sustancial, en la medida en que se obedeció al respecto de la norma general de conformación de un solo proceso por cada delito o conexidad de hechos punibles, y lejos de contrariar las formas propias del juicio, respetó la separación de jurisdicciones, pues los delitos comunes fueron juzgados por su juez natural, a la par que los de naturaleza extraordinaria -consagrados en normas expedidas en estado de sitio- fueron resueltos por el funcionario jurisdiccional competente creado al efecto" (fl 23).

Pide, entonces, no casar el fallo.

Consideraciones de la Corte

El cargo consiste en que por no haberse hecho la acumulación de los procesos, existiendo prueba de que se reunían los requisitos para ello, es nulo lo actuado.

Pues bien: el artículo 505 del nuevo Código de Procedimiento Penal dice en su inciso primero: "las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer".

A su turno, el artículo 75-3 *ibidem* les señala a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (sus funciones actualmente las cumple el juez de primera instancia respectivo -art. transitorio 15 ob. cit.-) competencia para conocer "de la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona".

De contera, cabe precisar aquí que estas dos disposiciones procesales deben interpretarse en armonía y en forma sistemática con los artículos 91 y ss. reguladores de

la figura, para que se entienda que la acumulación jurídica de penas solamente opera en dos eventos:

a) Cuando se trata de delitos conexos fallados separadamente, y

b) En los demás casos, si para el momento del primer fallo procesalmente era viable la acumulación, pero que no se dio por cualquier motivo, como ocurrió justamente en el presente caso.

Ahora, esas normas ya estaban vigentes cuando el casacionista presentó su respectiva demanda (nov. 9 de 1992); de suerte que ha debido acudir a ellas y no a la demanda de casación. Por así decirlo, como en la actualidad (y cuando el actor presentó su libelo, repítese) se pueden acumular las penas respecto de sentencias condenatorias, el cargo de nulidad hecho por el censor va a tierra por sustracción de materia.

Es decir que las mencionadas disposiciones le servían enteramente al casacionista y, a la vez, le cierran en este caso las puertas a la impugnación extraordinaria. Bien se ha dicho que la nulidad es el último remedio por aplicar en cada caso.

Por esas simples pero contundentes razones, resulta obvio que el recurso de casación no prospere.

Sin perjuicio de lo dicho, y para referirse la Corte a las diversas posiciones que sobre el tema (acumulación de los procesos) se han expuesto aquí, la Sala debe dejar bien en claro que, como lo sostuvo el Ministerio Público a lo largo del proceso, el procesado *tiene derecho* a que se le acumulen los procesos una vez se cumplan los requisitos para ello y los jueces estén enterados de los mismos. Contrario a lo que opina la Delegada, el capital propósito de esa institución (se está hablando para la época en que se dictó el fallo) es penar más benignamente al procesado condenado, no sumarle aritméticamente las penas de los fallos. Los otros propósitos de la acumulación (gasto procesal, aprovechamiento de la prueba, etc.) son evidentemente secundarios o nimios frente al primeramente indicado.

Ahora bien, en el evento de que los procesos no sigan el mismo procedimiento (como acontece en este caso), es claro que el juzgador, para efectos de la acumulación, debe buscar el equivalente a la resolución acusatoria, que indudablemente en este caso sería el auto de detención. Repárese que dentro del procedimiento abreviado que contemplaba el anterior Código de Procedimiento Penal, en la diligencia de audiencia pública se ordenaba dar lectura al auto de detención (art. 478).

Así las cosas resulta incuestionable que el Juzgado Primero de Orden Público de Manizales debió decretar la acumulación de los dos procesos, pues ya obraba en el expediente constancia de que en el Juzgado Primero Superior se había celebrado audiencia pública y el proceso se encontraba, por tanto, para sentencia. No se olvide que la razón dada por el Juzgado y por el Tribunal para no acumular los procesos fue la de que todavía no estaban los asuntos para dictar fallo, cuando en verdad sí lo estaban.

La acumulación, entonces, no era ni es una figura procesal de la discrecionalidad del juez de la causa, sino que es para decretarse siempre que los presupuestos examinados se den.

Recuérdese, por último, que en varias partes del capítulo que el Código de Procedimiento Penal destinaba a la acumulación de procesos, utilizaba la palabra "deberá", lo cual indicaba claramente que no se trataba de una cuestión discrecional, se repite, del juzgador, sino una obligación impuesta por la ley.

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, devuélvase el proceso 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / DEBIDO PROCESO

Si lo esencial del derecho probatorio radica en la aducción de la prueba y la publicidad y la contradicción de ésta, debe el medio probatorio proponerse inexorablemente antes de la intervención de las partes (audiencia) que, como se recordará, es por una sola vez. Sostener lo contrario es conducir al Juez a desconocer el debido proceso que, como derecho fundamental, debe imperar igualmente en el trámite del juzgamiento. Por manera que el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas ha de entenderse sin perjuicio del rito esencial que como debido proceso ha fijado el legislador. Las partes, por lo demás, deben estar atentas al desarrollo de éste para hacer uso oportuno de sus derechos; cualquier negligencia de su parte no tiene la virtualidad de convalidar un término así ello redunde en perjuicio de su asistido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8809. Segunda Instancia

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 93-X-14393.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de octubre de 1993.

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada de la referencia contra la providencia que negó la práctica de pruebas pedidas en la diligencia de audiencia pública.

Antecedentes Inmediatos

1. A la ex Jueza Quinta Civil Municipal de la ciudad capital de la República, doctora Nohora Gema Gómez de Ruiz, se le formuló resolución acusatoria por los delitos de falsedad documental en concurso con peculado, determinación confirmada en lo esencial por la Corte.

2. Adelantada la etapa del juicio, se dio iniciación a la audiencia pública en agosto 11 de 1993, esto es, en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal que regula por tanto la actuación en este proceso, según lo previsto en el artículo 13 transitorio del mismo.

En desarrollo de dicha audiencia se practicaron unas pruebas que habían sido solicitadas y ordenadas en su oportunidad. Seguidamente el presidente de la audiencia dio la palabra a las partes en el orden legalmente establecido y cuando correspondió al defensor el turno, en vez de su intervención se limitó a solicitar unas pruebas con apoyo en el inciso segundo del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal. El Tribunal, después de haber oído a las restantes partes sobre el particular, las negó con el argumento de ser extemporánea la solicitud y además por ser las mismas inconducentes. Contra dicha determinación interpuso el recurso de apelación la defensa, el cual le fue concedido, remitiéndose en consecuencia el proceso.

3. Sustenta la impugnación el recurrente en que el inciso segundo del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal señala como oportunidad para solicitar pruebas y decretarlas "antes de que finalice la audiencia pública" y en cuanto a la conducencia, dice que ésta emerge de la necesidad de demostrar la verdad de los hechos por encima de cualquier formalismo.

Consideraciones de la Corte

El proveído denegatorio de las pruebas pedidas en desarrollo de la audiencia de que trata el presente caso será confirmado, por las siguientes razones:

1ª. Si bien es verdad que el inciso segundo del artículo 448 del Código de Procedimiento aplicable al presente caso faculta a las partes pedir, antes que termine la audiencia, las pruebas que surgiesen de las practicadas "en las oportunidades indicadas en el artículo anterior", también lo es que tal precepto debe interpretarse en forma sistemática, para que pueda cumplir su cometido en forma lógica dentro del contexto de las demás disposiciones que rigen "como debido proceso" el rito legalmente establecido para la etapa de la causa en los procesos penales.

2ª. En este orden de ideas se tiene: la primera actuación judicial que se realiza en la etapa de la causa es la referida en el artículo 446, esto es, dar traslado a las partes por treinta días para que soliciten las nulidades que encuentren y que no hayan sido resueltas o para que pidan las pruebas que estimen conducentes. Si nada de ello hacen, ese traslado será para que preparen la audiencia pública; significa lo anterior que la oportunidad para pedir pruebas en la etapa del juicio es el término de dicho traslado (30 días), las cuales se practicarán en la audiencia pública, con la excepción referida en el inciso primero del artículo 448; y si de la práctica de dichas pruebas surgen otras necesarias, deben pedirse y decretarse en el desarrollo de la audiencia, que es lo que en verdad dice el inciso segundo de este precepto acabado de citar, puesto que el artículo siguiente, al fijar la forma como ha de celebrarse la audiencia, inequívocamente dispone que inmediatamente después del interrogatorio al procesado "se procederá a la práctica de las pruebas de lo cual se dejará constancia en acta", para agregar, sin duda alguna, el artículo 451 que: "Concluida la práctica de las pruebas, el juez concederá por una sola vez la palabra" a las partes en el orden allí establecido, significando con ello que la solicitud y práctica de pruebas en audiencia siempre debe preceder a la intervención de las partes, sin que se puedan mezclar dichas actuaciones, como lo sugiere el artículo 456 del mismo estatuto.

3ª. La anterior deducción es muy lógica porque si lo esencial del derecho probatorio radica en la aducción de la prueba y la publicidad y contradicción de ésta, debe el medio

probatorio proponerse inexorablemente antes de la intervención de las partes que, como se recordará, es por una sola vez. Sostener lo contrario es conducir al juez a desconocer el debido proceso que, como derecho fundamental, debe imperar igualmente en el trámite del juzgamiento. Por manera que el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas ha de entenderse sin perjuicio del rito esencial que como debido proceso ha fijado el legislador. Las partes, por lo demás, deben estar atentas al desarrollo de éste para hacer uso oportuno de sus derechos; cualquier negligencia de su parte no tiene la virtualidad de convalidar un término así ello redunde en perjuicio de su asistido.

4ª. Así las cosas, resulta impertinente que la Corte se ocupe de si son o no conducentes las pruebas que la defensa solicitó extemporáneamente en la diligencia de audiencia pública, que como argumento adicional fijó el Tribunal.

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

RESUELVE:

Confirmar la providencia recurrida, por medio de la cual el Tribunal de Santafé de Bogotá negó las pruebas pedidas por la defensa en la diligencia de audiencia pública. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese 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.

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

PREVARICATO / EMBARGO

El Juez no puede ampararse en tesis como o que el auto que ordenó el secuestro es ilegal porque el embargo no se perfeccionó antes como lo manda la ley; y que el secuestro del vehiculo era jurídicamente imposible, porque no se podía embargar estando su propiedad en cabeza de otra persona ajena al ejecutado, para mantener una inactividad absoluta, pues si ése era su criterio, ha debido entonces definir la situación con la medida pertinente. / Las órdenes de embargo de automóviles, en virtud de las medidas cautelares, cumplen actualmente tan sólo la función de simple información.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia. Número 8505.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 94 (oct. 20/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de octubre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual condenó al doctor Víctor Manuel Moreno Rodríguez, Ex Juez Décimo Civil del Circuito de la misma ciudad, por el delito de prevaricato por omisión, imponiéndole la pena principal de doce (12) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, precisando que esta última sanción implica la pérdida del cargo y consecuencialmente la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas y oficiales por el mismo lapso indicado. Se condena al pago de daños y perjuicios ocasionados con la infracción en favor del denunciante Tito Julián Orrego Campo, tasados en el equivalente en moneda nacional a cien gramos oro los de carácter material y diez gramos oro los de orden moral, y se concede el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos

José Daniel Puentes instauró un proceso ejecutivo contra Gonzalo Orrego Duque ante el Juzgado Décimo del Circuito de Bogotá, dentro del cual solicitó como medidas

previas el embargo y secuestro de varios bienes que denunció como de propiedad del demandado, entre ellos un automotor marca Land Rover, tipo jeep, de placas EK 3953.

En providencia de junio 26 de 1984, la doctora Elsa J. Jiménez Robayo, titular para entonces del Juzgado, decretó el secuestro de los bienes y en relación con el vehículo indicado en el memorial petitorio de medidas previas, ordenó librar los oficios a F-2 de la Policía y Circulación y Tránsito para que fuera capturado dicho automotor y puesto a órdenes del Juzgado para efectos de su secuestro.

El citado vehículo fue capturado por la Sección de Automotores de la Sijín el 22 de octubre de 1984 y puesto a disposición del Juzgado.

Tito Julián Orrego Ocampo -hijo del demandado- confirió poder a un abogado para que formulara la oposición al embargo y secuestro del vehículo decomisado, aduciendo su exclusiva propiedad sobre el mismo.

Por una petición del ejecutado Gonzalo Orrego Duarte, la Jueza Jiménez Robayo, en auto de mayo 21 de 1985 comisionó al Juez Civil Municipal -Reparto- de esta ciudad, para que practicara el secuestro del automotor, fijándole un término de 60 días para cumplirlo. Según constancia secretarial, se libra el respectivo despacho comisorio número 197 de julio 4 del mismo año.

Como quiera que la comisión no se cumplió dentro del término fijado, el apoderado judicial de Tito Julián Orrego insistió ante el Juez Víctor Manuel Moreno, quien ya era el titular del Juzgado, para que practicara la diligencia de embargo y secuestro del vehículo a fin de ejercer la oposición en ese momento procesal. Para tal efecto anexó algunos documentos que, en su sentir, constituían prueba sumaria de la propiedad del automotor en cabeza de su poderdante.

El Juez negó esta petición, con el argumento de que su signatario no era parte en el juicio, "pues si bien pretende apoderar a un tercero, esto sería viable únicamente dentro de las oportunidades que la ley establece para tal efecto, como claramente lo determinan los artículos 686 y 687 del Código de Procedimiento Civil", agregando que quien impulsa el proceso es el actor, quien además ha prestado una caución para garantizar los perjuicios. Con estos argumentos negó reiteradamente y durante varios años la práctica de la diligencia de secuestro del automotor que había sido retenido por la policía, desatendiendo de esta manera innumerables escritos que se sometieron a su consideración, algunos de ellos presentados por la parte demandada, y en otras oportunidades, directamente por quien alegaba derecho de propiedad sobre el automotor.

Ante esta situación y en consideración a que el vehículo se deterioraba en un parqueadero durante tanto tiempo y sin la posibilidad procesal de oponerse a ello, Tito Julián Orrego formuló denuncia penal contra el Juez Moreno Rodríguez, la cual dio origen a este proceso.

Actuación Procesal

Iniciada y perfeccionada en lo posible la investigación, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá formuló resolución de acusación al doctor Víctor Manuel Moreno Rodríguez por el delito de prevaricato por omisión. Recurrida que fue esta determinación,

la Corte tuvo oportunidad de estudiar toda la actuación del enjuiciado dentro del proceso ejecutivo a que se ha venido haciendo referencia, y luego de hacerlo decidió confirmar el proveído impugnado, concretando el cargo en los siguientes términos:

"...El comportamiento atribuible al funcionario acusado radica concretamente en que no cumplió con el deber legal de llevar a cabo la diligencia decretada, sobre el automotor retenido por la policía y puesto a disposición del Despacho a su cargo, o por lo menos, disponer que la Secretaría del mismo librara un nuevo despacho comisorio a determinado funcionario para el efecto".

"...Resulta evidente que el Juez acusado omitió el deber legal que le asistía de perfeccionar la medida cautelar decretada, mediante la práctica de la diligencia de secuestro, impidió que el aquí denunciante tuviera las oportunidades que la ley le brinda para ejercer su derecho de oponerse al secuestro (art. 686 del C. P. C.), o de proponer el incidente para que se levantara la medida cautelar decretada (art. 687 *ibidem*)".

"...El Juez no podía mantener en suspenso el cumplimiento de una diligencia de secuestro que era una ley del proceso, so pretexto de que sólo podía ser solicitada por el ejecutante, porque como lo dice la Delegada, no existen 'disposiciones de procedimiento civil que reserve al demandante la posibilidad de pedir que se consume el secuestro de un bien, como tampoco hay norma que prohiba al ejecutado solicitar tal actuación'".

"...El artículo 2º del Código de Procedimiento Civil señala con claridad que los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autorice promover de oficio. Pero una vez iniciados con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.

"El estatuto adjetivo civil vigente desde 1970-Decreto 1400-actualmente reformado por el Decreto 2282 de 1989, contiene principios que apuntan al logro efectivo de los derechos reconocidos a los ciudadanos por la ley sustancial (art. 4º) y de este modo ha pregonado, como norma rectora, la dirección suprema del proceso en cabeza del Juez, en quien radica el impulso oficioso del mismo para tratar de alcanzar el objetivo principal de todos los procedimientos.

"El Juez tenía, entonces, la responsabilidad de diligenciar y vigilar los resultados del despacho comisorio 197, relacionado con la comisión conferida a los jueces municipales de Bogotá para realizar la diligencia de secuestro del vehículo vinculado a este proceso.

"La medida que rehusó adoptar el Juez, frente a las peticiones del aspirante a tercero incidentante y del propio demandado, es injusta. El funcionario tenía pleno conocimiento de las peticiones y además hizo caso omiso de las advertencias que en tal sentido plasmó la Sala Civil del Tribunal Superior en Providencia de marzo 29 de 1989. En esas circunstancias el dolo es evidente".

Durante el período probatorio del juicio, el defensor del procesado solicitó que se recepcionaran las declaraciones de los Jueces Civiles del Circuito Décimo y Octavo de esta capital y Segundo de Girardot, con el objeto de "demostrar la costumbre judicial de

ro librar nuevos despachos comisorios hasta que se llegue (sic) el primitivo librado para la diligencia de secuestro". Igualmente pide que se tenga como prueba la resolución anexada a su memorial, proferida por la Procuraduría Provincial de Bogotá de fecha marzo 5 de 1991, mediante la cual se ordenó el archivo de la investigación "por los mismos hechos", a fin de demostrar la falta de dolo para que se configure el prevaricato formulado contra su poderdante.

Las declaraciones pedidas fueron decretadas y practicadas y se declaró legalmente incorporada al proceso la prueba documental aludida por el defensor.

Sentencia Impugnada

Realizada la audiencia pública, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá profirió sentencia condenatoria contra el procesado Víctor Manuel Moreno Rodríguez, por el delito de prevaricato por omisión, con fundamento en las siguientes consideraciones:

De los términos utilizados por el artículo 150 del Código Penal "se deduce que hubo marcada y reiterada intención de no dar cumplimiento a la actuación que le correspondía cumplir al doctor Moreno Rodríguez por disposición legal. 'La actuación omisiva le es imputable por cuanto pudiendo obrar en función del acto o del servicio a que estaba obligado, se abstuvo deliberadamente de concretar la acción debida o esperada', en desarrollo del propio auto que así lo ordenó, lo que necesariamente condujo a un injustificado retardo de más de dos años, causando con ello graves perjuicios a la sociedad y al particular denunciante".

La conducta es constitutiva del punible en mención, por prolongar en el tiempo el cumplimiento del auto que ordenaba llevar a cabo el secuestro "y el cual no estaba condicionado a ninguna eventualidad futura, tal (sic) conforme está corroborado por los distintos autos proferidos por el doctor Víctor Manuel Moreno respondiendo a los múltiples petitorios de entrega del rodante... por lo que tal diligencia debía llevarse a efecto en el menor tiempo posible, situación ésta que recaba los testimonios recaudados en el período probatorio del juzgamiento y que se analizaron atinadamente por la señorita fiscal en el decurso de la audiencia pública, precisamente por ser la antedicha diligencia una 'necesidad del servicio' ".

Agrega que es necesario considerar que el Tribunal Superior, Sala Civil, le advirtió al Juez la necesidad de verificar la diligencia de secuestro. Sin embargo el funcionario se abstuvo de hacerlo, pese a que su superior jerárquico le estaba recordando lo previsto en el ordinal primero del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil que dispone en forma perentoria como deber del Juez el de dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para evitar su paralización, precepto que no fue tenido en cuenta por el funcionario cuestionado.

En el asunto sometido a examen no se infiere por parte alguna ánimo acucioso, voluntad e interés del ex Juez acusado de "cumplir con el deber de llevar a cabo esa diligencia para dar vía a la preceptiva jurídica aplicable que no es otra que la consagrada por el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil", que daría oportunidad al aquí denunciante "de vincularlo procesalmente al secuestrarse un bien de su propiedad y de proteger sus derechos sobre el mismo, para entonces retenido o inmovilizado".

El quejoso quedaba desamparado, "si se tiene en cuenta que el auto que decide los incidentes es susceptible de apelación (art. 351-4 del C. de P. Civil); de esa suerte al no practicarse o tomarse alguna decisión con relación al secuestro, las cosas siguieron inmodificables, excluyéndose toda oportunidad de defensa y además porque el afectado por una medida persistente continuaba a expectativa de iniquidades sin fin".

Para el Tribunal, los argumentos del señor defensor no pasan de ser afirmaciones de cuestiones accesorias para este proceso, pues en realidad no apuntan a explicar la actividad dejada de cumplir por el doctor Moreno Rodríguez en el caso concreto. "Si se admitiera la tesis esbozada por el titular de la defensa se imponía entonces para el doctor Moreno Rodríguez, como era su deber, dar aplicación a los artículos 687-7, 681-1, inciso final, 4º y 5º del Código de Procedimiento Civil, para entrar a levantar oficiosamente la medida cautelar que pesaba sobre el vehículo automotor materia de este asunto, por ser ajeno a la relación jurídico procesal trabada en el proceso ejecutivo bajo la dirección de este funcionario".

El *a quo* anota al respecto que el ex Juez Moreno "tampoco preconizaba la tesis a última hora traída por su Procurador Judicial porque la tradición de los vehículos automotores para entonces operaba por la simple entrega y sobre el poseedor material del automotor pesaba la presunción de dueño (art. 762 inc. final del C. Civil)".

Para la época de los hechos, el artículo 922 del Código de Comercio no tenía plena vigencia en relación con los automotores, lo que fuera reiterado por la Corte mediante auto de abril 30 de 1990, Magistrado Ponente: doctor Carlos Esteban Jaramillo, en el que se sostuvo que "lo cierto es que esta clase de bienes, en el ámbito civil, no están sujetos a registro y que las oficinas de tránsito no cumplen en materia civil por lo menos sino funciones de reglamentación y dirección de tránsito de automotores". De tal suerte se responde que el registro para esta clase de bienes no era constitutivo de tradición, como se recordó en el debate oral.

En cuanto al dolo omisivo, considera que tuvo lugar porque maliciosamente el doctor Moreno Rodríguez no cumplió con los deberes de su cargo, entendida la malicia como la dañada voluntad de hacer u omitir lo que la ley prohíbe o manda bajo amenaza de una sanción. Estas consideraciones no podían escapar al conocimiento del encausado debido a las tareas propias de su función y a los registros procesales obrantes y destacados por la Corte. La buena fe o cualquier otra exculpación como la planteada en la audiencia pública han quedado desvirtuadas con lo analizado en precedencia. Lo que autoriza para descartar que su acción se limitó a una simple irregularidad administrativa o a una incorrecta aplicación o interpretación de la ley, en los términos a que alude el defensor de oficio. El doctor Moreno Rodríguez tuvo la intención, o sea el conocimiento y la voluntad de no practicar la diligencia de secuestro, afectando así el bien jurídico de la administración pública que preserva ante todo la regularidad de su funcionamiento.

Fundamentos de la Impugnación

1º. Inconforme con las determinaciones tomadas por el Tribunal, el defensor del procesado interpone recurso de apelación con fundamento en que no existe prevaricato por omisión por sustracción de materia, ya que el secuestro no era permitido realizarlo al encausado conforme a lo previsto en el artículo 515 del Código de Procedimiento Civil

en concordancia con el artículo 922 del Código de Comercio, pues el vehículo no fue embargado previamente y de acuerdo con la certificación de Circulación y Tránsito, el automotor no pertenece al ejecutado.

Estima que no pudo haber dolo en la conducta omisiva del Juez, ya que no hay certeza en cuanto al propósito consciente del funcionario, definitiva y exclusivamente orientado a resistirse a cumplir con su deber. Estaba tan consciente de la legalidad de su proceder, que pidió a la Procuraduría que investigara su conducta, y ésta se abstuvo de formular pliego de cargos por no encontrar que haya existido irregularidad en su actuación.

Agrega que el Juez era incompetente para realizar el secuestro, porque comisionó para la práctica de la diligencia en cuestión, y el despacho fue retirado por el interesado y nunca fue devuelto al Juez de conocimiento para darle oportunidad a éste de reasumir la competencia que había delegado.

2°. Posteriormente el señor defensor presentó ante esta Corporación un escrito en el que sustenta el recurso en los siguientes términos:

De la providencia de la Corte que confirmó la resolución de acusación, advierte que el comportamiento atribuido al funcionario acusado se circunscribió concretamente al hecho de haber omitido llevar a cabo la diligencia de secuestro del automotor o por lo menos librar nuevo despacho comisorio para que tal diligencia se realizara.

Aduce que no se encuentran probados los elementos que estructuran el prevaricato, por lo que debe absolverse al encausado para evitar una injusticia.

Para el efecto, transcribe algunas normas, jurisprudencia de la Corte y citas de algunos tratadistas, y concluye lo siguiente:

a) Que el registro terrestre de automotores está debidamente establecido por el artículo 3º del Decreto 2157 de 1970, ratificado por el artículo 922 del Código de Comercio (D. 410/71), y mediante la Ley 53 de 1989 reglamentada por el Decreto 1809 de 1990 y que se debe llevar como lo indica el Acuerdo número 1235 de diciembre 12 del mismo año emanado del Intra;

b) Para que surta efecto ante las autoridades y ante terceros, todo acto o contrato, o providencia judicial que conlleve constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres, deben estar debidamente inscritos en el registro terrestre automotor;

c) Los automotores terrestres son bienes muebles sujetos a registro, y por lo tanto se les aplican los artículos 681 numeral 1º y 515 del Código de Procedimiento Civil.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, califica el auto originario de la Juez Jiménez Robayo como "absurdo, ilegal y arbitrario", porque procedió a decretar el secuestro sin que éste fuera viable, ya que el embargo del mismo no se había verificado antes como lo manda la ley.

Argumenta que de la observación de la certificación visible a folio 79 del cuaderno de medidas cautelares, surge que el demandado es Gonzalo Orrego Duque y quien aparece como dueño del vehículo es el tercero, Ernesto Sabogal Melgarejo, y entonces

por mandato legal el secuestro no se podía realizar por no aparecer en el registro el demandado como dueño del mismo.

Agrega que por esta razón la sucesora en el Juzgado del doctor Moreno, a la postre levantó de plano la medida cautelar del secuestro ordenado sobre el vehículo, al encontrar que el mismo no estaba inscrito en Circulación a nombre del demandado sino de un tercero (fls. 79 y 80 medidas cautelares).

Deduce de lo anterior que el primer elemento del prevaricato que se le endilga al acusado se cae por su base, porque el secuestro era jurídicamente imposible por no estar inscrito el vehículo a nombre del demandado, y por ende el doctor Moreno no estaba obligado a realizar un secuestro totalmente ilegal, luego no cometió prevaricato al omitir su realización.

Expresa que por las anteriores razones, y las que adujo en el memorial en que interpuso el recurso, tampoco pudo haber dolo en el comportamiento omisivo, añadiendo que el juez estaba plenamente convencido de que no estaba obligado a actuación alguna respecto de la diligencia de secuestro hasta tanto tuviera noticia de la suerte del despacho comisorio número 197 que se libró ilegalmente. La Corte se dio cuenta de esto y por eso en el auto enjuiciatorio afirma que el Juez "por lo menos" hubiera debido librar nuevo despacho comisorio, lo cual tampoco era posible porque ya había un comisionado que estaba gozando de la competencia ya delegada. Transcribe una cita del tratadista Hernando Morales Molina.

De las actuaciones del Juez se deduce que obró convencido del principio *non bis in idem*, ya que estando vigente una comisión no se podía conferir otra. No hay constancia en el expediente de que el quejoso, el demandante o el demandado hubieran hecho gestión alguna ante el comisionado para que cumpliera con el despacho comisorio 197, y jurídicamente era allí donde debían hacerlo y no ante el comitente que ya había delegado la competencia para tal fin.

Critica la sentencia recurrida, por estimar que el Tribunal olvida que el auto que decretó el secuestro y la aprehensión del vehículo es a todas luces ilegal y jamás podría causar ejecutoria ni convertirse en ley en el proceso. Como lo ha dicho la Corte, "los autos ilegales no pueden atar al juez para que siga cometiendo errores".

Parece decir la aludida Corporación que la tesis expuesta por no haber sido esgrimida antes por el funcionario acusado es inútil alegarla, como si el mero transcurso de tiempo convirtiera en lícito lo que es ilegal.

Respecto de la jurisprudencia a que se hizo referencia en el fallo recurrido, dice que "Desafortunadamente y con tristeza hay que advertir que el ilustre Magistrado para la fecha en que dictó el mencionado auto no conocía la existencia de la Ley 53 de 1989, que establece el registro terrestre automotor. Hoy día muchos ignoran la existencia de la mencionada ley, pero ello no sirve de excusa. Por lo menos el auto en comento deja entrever que sí conocía la existencia del artículo 922 del Código de Comercio, pero olvida que la vida jurídica de un automotor es necesariamente comercial, y es por esto que la Corte en jurisprudencia de 1983 no hace distinción entre lo comercial y lo civil, lo cual fue más bien materia de salvamento de voto.

Fiscalmente arguye que no se entiende cómo se va a hacer condena en perjuicios para una persona que no es dueña del vehículo y que ni siquiera adujo la menor prueba de ser poseedora del mismo. La Corte ha reiterado que el perjuicio debe ser serio y real y no meramente hipotético.

3ª. En el curso de la audiencia solicitada y practicada por esta Corporación, de conformidad con el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, el señor defensor esgrime los mismos argumentos antes referidos, agregando que Tito Julián Ortego, para probar que era dueño, presentó una simple promesa de compraventa en que su papá, o sea el demandado en el proceso ejecutivo, le vendía el automotor. El Tribunal dijo que la omisión en el cumplimiento de la exigencia puede presentar contenido culposo por la negligencia que pudiera deducirse, pero ese comportamiento no es reprochable a título de prevaricato que es delito esencialmente doloso.

4ª La Fiscal ante el Tribunal Superior de Bogotá, en uso de la palabra solicitó la confirmación de la sentencia apelada, porque cumple con los mandatos del Código de Procedimiento Penal; se analizaron en forma sencilla y clara las pruebas que demuestran tanto la materialidad como la responsabilidad del acusado; el defensor ha esgrimido argumentos que no se cuestionaron a lo largo del proceso; al doctor Morcillo se le está tachando su conducta omisiva y no por haber interpretado mal un artículo. El Código de Procedimiento Civil da los mecanismos mediante la nulidad, revocatoria o levantamiento del secuestro. "La acusación es sencilla; no necesitamos meternos en grandes tratadistas en jurisprudencia, él no dio derecho al señor Tito de defenderse", si éste no tenía razón, por qué no se lo dijo mediante un auto.

Suponiendo que el dueño es Luis Ernesto Sabogal, y que de acuerdo con las normas legales solamente se embargan las propiedades del demandado y no de un tercero, entonces en forma oficiosa debería haber levantado el embargo, pues el juez tenía que solucionar el problema, y ese silencio, esa inercia ya no es algo disciplinario, "es dolo, más claro no se puede ver".

5ª El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su intervención realizada en la audiencia de sustentación del recurso de apelación, hace los siguientes planteamientos:

Frente a las premisas expuestas por la defensa, dice que desde un punto de vista teórico no podría menos que compartirse y ver cómo el esfuerzo que se hace en la alegación y ahora en la sustentación oral es realmente loable porque con él se quiere recuperar lo que hace más o menos dos lustros trató de ser polémica dentro de la doctrina privatista nacional en punto de secuestro de los automotores. No obstante, "desde el punto de vista real de efectivización de la normatividad jurídica en punto de teoría de las normas, parece ser que existe una falencia que es lo que lleva a que desde el discurso de lógica formal aparezca convincente la argumentación, pero desde el punto de vista lógico material, es decir, del contenido material de la norma que hace que tome eficacia, no parece que ocurra lo mismo".

Para el efecto, expresa el señor Procurador que es cierto que la normatividad positiva dispone que debía registrarse el embargo para que pudiera secuestrarse y si el automotor no aparece a nombre del demandado se dispondrá su desembargo por auto de plano, el cual fue indudablemente más una evolución de la jurisprudencia y de la práctica judicial, pero que constituye hoy verdad inconcursa admitida en el foro privado. Aquí lo que

sucede es que si bien ello es así y allí existiría toda la razón para hablar de una legalidad de la conducta, lo cierto es que en punto de la teoría de las normas debemos tener en cuenta dos grandes supuestos: uno de la normatividad positiva que se encuentra vigente en un momento determinado y uno segundo, la posibilidad igualmente normativa y fáctica de poder aplicar un tal mandato.

En este evento, no existía, como es de conocimiento público y en la jurisprudencia civilista, forma de poder efectivizar y materializar ese mandato, de ahí que las jurisprudencias que se citan analizan el punto teórico legalmente como el que dispone la norma, pero en ellas es de observar que se deja marcado ese interrogante, habida cuenta de que no existía reglamentación para poder materializar ese registro de embargo.

Lo anterior explica cómo en la práctica judicial se recurrió a dos situaciones: una, de los jueces que disponían librar el oficio pero a sabiendas de que éste era realmente inane, porque como es conocido, se llevaba al DATT y allí se anotaba en un libro donde no interesaba que fuera o no propietario, pues lo que se llevaba era una lista donde se cumplía una formalidad de ir a anotar esos embargos sin que esto trascendiera a más, pues jurídicamente no iba a incidir en el proceso. Otros jueces consideraron innecesario el oficio intrascendente porque no estaba reglamentado, y entonces optaron por una posición más realista y es la de no ordenar ese oficio en el auto correspondiente, sino la de proceder a interpretar la norma en la medida en que realmente podría corresponder, esto es, ordenar el secuestro del automotor sin disponer que se librara el oficio; ése es el caso del auto que dictó la Jueza que precedió al acusado en el Juzgado, de ahí que en el momento en que se profirió esa decisión, no parece absurda, porque correspondía a una de las dos posiciones que se habían abierto en la jurisdicción civil.

Si se carecía de los mecanismos legales y fácticos para cumplir la disposición legal general que ordenaba registrar el embargo, no existía reglamentación de esta disposición general ni oficina de registro, entonces no se podía llevar a cabo con toda eficacia la disposición inicialmente comentada por la defensa, "y así debemos en consecuencia precisar que, como no existía reglamentación, entonces no podemos hacer la exigencia que la defensa hace, para llegar a demostrar una imposibilidad jurídica de realización de la conducta típica". Vale la pena ver cómo hasta el año 91 se expide el acuerdo del Intra en virtud del cual se crea una oficina para ese registro, se reglamentan esa oficina, las funciones y sus objetivos. Hoy en día nace duda de que debe librarse ese oficio para poder practicar el secuestro, afirmación que apoya en lo expuesto en la última edición del libro de contratos comparados entre los civiles y comerciales del doctor Bonivento Fernández, ex Magistrado de la Corte.

El Procurador concluye que el Juez Civil no podía evadir la solución del caso concreto, puesto que tenía que proceder como en efecto se hizo en todos los juzgados y aquí lo hizo la jueza antecesora, esto es, a ordenar el embargo y el secuestro, tesis que a su turno compartió el acusado, posición que era indudablemente la que correspondía. En todas las decisiones del ex Juez, tomó como argumento fundamental y único que sólo en la diligencia de secuestro podía oponerse el quejoso, estaba admitiendo desde luego que no había forma de que operara ese registro en la práctica y que por eso se recurría al secuestro en los términos indicados.

Considera que la atipicidad no se puede predicar, en la medida en que la norma que se debía aplicar no lo obligaba a librar ese oficio al que se ha hecho mención, porque normativamente no podía hacerse por no estar reglamentado cómo hacerlo y únicamente cuando ya se reglamenta en virtud del acuerdo es donde se puede materializar el supuesto legal y el fáctico de la norma que obliga, e impera al juzgador su aplicación. También es interesante observar cómo en la indagatoria y ampliación de la misma, no ha existido un formidad en los argumentos defensivos, pues en la segunda se exponen argumentos distintos de los que se habían planteado tanto en lo autos mismos, como en la indagatoria inicial

Afirma que en este caso existe dolo, entendiendo en la omisión "no como el conocimiento de no hacer algo, sino como el conocimiento de la no aplicación de la normatividad positiva existente de obligatoria aplicación"; es decir, que se conozca que existía la norma positiva y que ésa debía aplicarse y no se aplicó. Afirma que se necesita el secuestro para que pueda oponerse, no obstante no permite que eso se haga y omite deberes, que el Código de Procedimiento Civil le impone, "practicar ese secuestro, o como la alternativa que plantea la Corte en la resolución acusatoria de confirmación: haber realizado la actividad correspondiente para efectos de que se realizara ese secuestro teniendo en cuenta, entendemos nosotros, la comisión que se había otorgado por parte del Juez Décimo Civil del Circuito, en esa medida entonces el Juez conocía desde luego la disposición aplicable y no la aplica, éste es el dolo omisivo, no como simple intención sino como conocimiento de la normatividad y de determinación de acuerdo con ello, y tan es así que después de la indagatoria que hemos referido, se da una argumentación extraproceso civil ya en el proceso penal, cuando se dice, es que además allí parece que iban a hacer como una negociación rara; es decir, no aparecía eso muy claro, cuando en verdad sí es claro y era legal y en segundo lugar, dentro de proceso civil el problema era el secuestro; es decir, decidir dentro de lo que hay en el proceso, con lo que hay en el proceso".

Dice el Procurador que la argumentación central del defensor tiende a demostrar una atipicidad que se fundamenta en la legalidad; es decir, que no puede atribuírsele un juicio de reproche porque estaba actuando de acuerdo con la ley, y a su turno argumenta que lo que existía era una inculpabilidad por ausencia de dolo, lo que significa que para esta última argumentación se reconoce que la conducta sí era típica, luego existe duda y no certeza de que el planteamiento inicial de atipicidad sea absolutamente respaldado legal y doctrinariamente, por eso recurre a la inculpabilidad, cayendo en una contradicción, que hace perder solidez a la primera argumentación.

El Ministerio Público toma como premisa fundamental la de que no existe la atipicidad en la medida en que no podía aplicarse esa norma porque no estaba reglamentada, por lo que se adhiere a la petición de la Fiscalía en el sentido de que se reúnen las exigencias para proferir un fallo condenatorio en segunda instancia, sin que esto obvie hacer la siguiente consideración respecto de la censura que se hace al auto confirmatorio de la Corte, en el sentido de que no puede salirse del cargo que hizo, "ese cargo está bien formulado, porque es eso, es el no haber ordenado el secuestro..., porque no se había reglamentado la norma que disponía lo pertinente para la materialización del registro y que la disposición legal general pudiera tener eficacia y fuere de obligatoria aplicación por parte del Juzgador".

6º. El señor Tito Lubín Orrego Ocampo presenta un memorial que no puede ser tenido en cuenta por la Sala, porque fue presentado extemporáneamente por el denunciante, quien está habilitado para intervenir en el proceso sólo a través de su representante legal (art. 149 C. P. P.).

Consideraciones de la Corte

1º. Al doctor Moreno Rodríguez, en su acreditada calidad de Juez Décimo Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, se le atribuye un comportamiento omisivo, que radica concretamente en haberse abstenido de llevar a cabo una diligencia de secuestro decretada por su antecesora, sobre un automotor que fue retenido por la policía y puesto a disposición de su Despacho.

El acusado se abstuvo por más de cuatro años de realizar el acto propio del servicio a que estaba obligado, en virtud del auto que así lo ordenaba, causando con ello graves perjuicios al aquí denunciante, impidiéndole que tuviera las oportunidades que la ley le brinda para ejercer su derecho de oponerse al secuestro (art. 686 del C. P. C.), o de promover el incidente para que se levantara la medida cautelar decretada (art. 687 *ibidem*).

2º. El defensor presenta en favor del acriminado un planteamiento que apoya en dos bases, así: que el auto que ordenó el secuestro es ilegal porque el embargo no se perfeccionó antes como lo manda la ley; y que el secuestro del vehículo era jurídicamente imposible, porque no se podía embargar estando su propiedad en cabeza de otra persona ajena al ejecutado.

Frente a esa argumentación hay una respuesta que emerge de manera obvia, ajena al debate puramente jurídico de si era posible o no el secuestro del bien retenido por la policía, consistente en que el juez no podía ampararse en esas tesis para mantener una inactividad absoluta, pues si ése era su criterio, ha debido entonces definir la situación con la medida pertinente. En otras palabras, sobre lo que no existe ninguna duda es que el juez asumió una actividad omisiva que no podía adoptar, ya que las alternativas que se le ofrecían como viables lo obligaban a resolver el asunto evitando así el grave perjuicio que finalmente causó.

La imputación de la resolución de acusación es por no haber practicado el secuestro del automotor puesto a disposición del Despacho, y se concreta a ese punto porque fue efectivamente lo que el juez no hizo pese a que estaba ordenado, pero de ahí no puede el defensor inferir, sin caer en el absurdo, que la Corte profirió el llamamiento a juicio porque el funcionario no realizó una diligencia ilegal, pues no fue esta Corporación quien la decretó sino el mismo Juzgado, y si el acusado hubiera estimado que era ilegal, ha debido revocar el auto que le ordenaba actuar y no mantenerlo vigente durante tanto tiempo sin darle cumplimiento, hasta el punto de que fue necesario que lo reemplazara otro funcionario para que cesara la injusticia cometida contra el hoy denunciante.

El doctor Moreno Rodríguez nunca dejó entrever siquiera que se abstenía de actuar porque el auto que decretó el secuestro fuera ilegal; antes todo lo contrario, siempre estuvo dispuesto a que se ejecutara lo ordenado si el demandante tomaba la iniciativa de impulsar el proceso en ese sentido, dejando en manos de una parte, y con ostensible

desventaja para la otra, una facultad que como director de proceso tenía y con la cual podía haber solucionado el conflicto.

3ª. Pero al margen de lo anterior, también desde el punto de vista jurídico carece de fundamento la alegación del recurrente, como pasamos a ver:

En lo atinente a la normatividad analizada por el defensor, se hace necesario precisar que la situación que se presentaba antes de la expedición del Acuerdo 034 del 12 de agosto de 1991 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, Intra, es distinta de la que surge con posterioridad a ella. Y para el caso que nos ocupa hay que tener en cuenta que el auto que decretó el secuestro previa retención e inmovilización del vehículo fue proferido por la antecesora del Juez acusado, el 26 de junio de 1984.

Ahora bien, es cierto que el registro automotor ha estado en vigencia desde 1971 en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 2157 de 1970, pero desafortunadamente la falta de reglamentación del mismo, en lo pertinente, impedía su aplicación.

Es verdad que la regla consagrada en el artículo 922 del Código de Comercio incluye como consecuencia de su expedición que la tradición, o sea el modo de adquirir el dominio de los vehículos automotores, no se obtenga con la simple entrega de la cosa, sino que se requiere la inscripción del título que se efectuará ante un funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. Pero sólo a partir de 1991 se señaló dicho trámite en el artículo 94 del Acuerdo 034 del Intra.

La Ley 53 de 1989 (posterior al auto censurado) dispuso en el artículo 6º el Registro Terrestre Automotor, y el artículo 88 del Decreto 1809 de 1990 reglamentario de la citada ley reiteró la definición del registro dada en ésta.

De lo anterior se concluye que sólo a partir del Acuerdo 034 de agosto 12 de 1991 del Intra, la situación tiende a cambiar, por cuanto este articulado sí establece la manera de efectuarse el registro.

Es cierto que la normatividad positiva dispone que debe registrarse el embargo para que pueda secuestrarse, pero también es sabido que para el momento en que fue dictado el auto que ordenó el secuestro no existía forma de poder hacer efectivo ese mandato porque no se habían reglamentado las disposiciones pertinentes.

La Sala de Casación Civil de la Corte, en pronunciamiento de abril 30 de 1990, hizo algunas precisiones que se relacionan a continuación, y que para el caso que nos ocupa es importante resaltar, teniendo en cuenta la situación que se presentaba cuando fue proferido, lo que explica por qué no le asiste razón al impugnante en su crítica.

Respecto de los vehículos automotores, dice que "lo cierto es que esta clase de bienes en el ámbito civil no están sujetos a registro" y que por eso mismo, "no es suficiente la comunicación al respectivo funcionario de tránsito para la procedencia del embargo. Se requiere que se practique el secuestro para que se consume la medida cautelar".

En relación con las tarjetas o licencias de tránsito y las matrículas, así como también las certificaciones que con fundamento en los registros públicos expiden los funcionarios, que en la práctica han venido a constituir un título de propiedad, considera que "sin dificultad puede inferirse que la sola presentación de esta clase de documentos no puede

constituir, necesariamente, demostración completa de la propiedad ni de la posesión actual del titular que figura inscrito sobre el automóvil al cual se refieren, ni mucho menos determinar que son bienes sujetos a registro, porque, como es sabido, las oficinas de tránsito no cumplen en materia civil, por lo menos, sino funciones de reglamentación y dirección del tránsito de los automotores", lo que obedece a la no existencia de oficina a la que se hayan entregado esas específicas funciones, no obstante haberse ordenado su creación.

En cuanto al artículo 3º del Decreto 2157 de 1970, destaca que la falta de reglamentación de éste, en lo pertinente, impide su aplicación, porque en parte alguna de las oficinas de tránsito se hacen anotaciones para los efectos de la norma en cita, pues lo que allí se cumple son simples diligencias administrativas, "pero sin recoger la inscripción del acto o contrato, que es el que serviría, en verdad, de registro. Entonces, las órdenes de embargo de automóviles, en virtud de las medidas cautelares, cumplen actualmente, tan sólo, la función de simple información, por las circunstancias atrás advertidas".

Esa falta de reglamentación que existía para poder materializar el registro del embargo, explica por qué en la práctica judicial se recurrió a las dos situaciones que señaló certeramente en la audiencia el señor Procurador Delegado: la de los funcionarios que disponían librar el oficio al DATT donde se cumplía la formalidad de anotar el embargo, sin que esto tuviera ninguna trascendencia jurídica en el proceso, y la de los jueces que optaron por una posición más realista, ordenando el embargo y secuestro del automotor sin disponer que se librara el oficio que consideraron innecesario por su intrascendencia, que es el caso del auto que dictó la Jueza que precedió al doctor Moreno Rodríguez, proveído que no puede calificarse de "absurdo, ilegal y arbitrario", por el solo hecho de que la funcionaria haya optado por una de las dos posiciones adoptadas en la práctica judicial.

Si la disposición general que ordenaba registrar el embargo no estaba reglamentada, y no existía oficina de registro en donde se cumpliera este objetivo a cabalidad, la exigencia que hace el impugnante para tratar de demostrar la imposibilidad jurídica de realización de la conducta típica carece de razón valedera, ya que sólo desde el año de 1991, cuando se expide el acuerdo del Intra, surge la obligación de librar el oficio para poder practicar el secuestro.

Al no ser ilegal el auto que ordenó la diligencia de secuestro, el argumento del defensor en el sentido de que jamás podría causar ejecutoria ni convertirse en ley del proceso se cae por su base.

No siendo suficiente para ese entonces la comunicación al respectivo funcionario de tránsito para la procedencia del embargo, era forzoso que se practicara el secuestro para que se consumara la medida cautelar, para dar al tercero la oportunidad de promover el incidente de rigor a fin de obtener el desembargo, toda vez que este documento no constituye demostración completa de la propiedad ni la posesión actual del titular que figura inscrito, como lo puntualizó la Corte en la providencia de abril 30 de 1990, de la cual se transcribieron algunos apartes.

El Juez conocía la necesidad de practicar el secuestro para que el tercero tuviera la oportunidad de ejercer los derechos tutelados mediante los sistemas previstos en el

ordenamiento positivo -facultad de oponerse y de intervenir incidentalmente en el proceso de ejecución-, como se desprende con meridiana claridad de sus diferentes pronunciamientos, frente a las peticiones del aspirante a tercero incidentante y al propio demandado, y sin embargo se rehusó a adoptar tal medida, haciendo caso omiso de las advertencias que en tal sentido plasmó la Sala Civil del Tribunal Superior en providencia de marzo 29 de 1989.

Resulta atinada la observación del señor Procurador, en el sentido de que en todas las decisiones el juez tomó como argumento fundamental y único que sólo en la diligencia de secuestro podía oponerse el quejoso, luego estaba admitiendo que no había forma que operara el registro en la práctica y que por eso se recurría al secuestro en los términos indicados.

La cita del doctor Hernando Morales Molina, que trae a colación el señor defensor en su alegato, no logra el objetivo pretendido, porque en realidad es evidente que de allí no puede desprenderse que el juez no tenía competencia para ponerle fin a la comisión impartida por su antecesora, pues todo lo contrario, es obvio que por el hecho de comisionar no pierde la dirección y el control del proceso y su obligación es estar pendiente de que el curso de la actuación se desarrolle solucionando todos los obstáculos que tienden a estancarlo.

La Sala al confirmar la resolución de acusación fue enfática en señalar que el Juez tenía la responsabilidad de diligenciar y vigilar los resultados del despacho comisorio 197, relacionado con la comisión conferida a los jueces municipales para realizar la diligencia de secuestro de vehículo vinculado al proceso ejecutivo, luego resulta inadmisible que el acusado frente a las peticiones que se le formularon, entre ellas las del propio demandado, pudiera pensar que no estaba obligado a actuación alguna hasta tanto tuviera noticia de la suerte del citado despacho comisorio.

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando dice que el comportamiento del acusado fue más allá de la simple intención, en la medida en que conocía la disposición aplicable y no la aplicó, y éste es el dolo omisivo -conocimiento de la normatividad y determinación de acuerdo con ello-.

Aquí no se trata de la simple negligencia para la práctica de una diligencia de secuestro, comportamiento que no sería reprochable a título de prevaricato por ser un delito esencialmente doloso, lo que en ningún momento fue desconocido por el Tribunal en la sentencia impugnada, conforme se desprende de las consideraciones que allí se plasmaron, antes reseñadas.

El balance que deja todo lo anteriormente analizado es el siguiente:

a) La conducta observada por el juez acusado que omitió practicar la diligencia de secuestro legalmente decretada, y necesaria para alcanzar el objetivo principal de todos los procedimientos, corresponde a la descripción típica del prevaricato por omisión (art. 150 del Código Penal), adecuación que está en perfecta consonancia con la realizada en la resolución de acusación;

b) Además de la tipicidad afirmada en el numeral anterior, puede predicarse su condición de antijuridicidad en la medida en que resulta lesiva al interés tutelado que es

la Administración Pública, y no fue realizada dentro de ninguna circunstancia que constituya causal de justificación;

c) El dolo en la conducta omisiva es una conclusión en la cual coinciden la Fiscal y el Ministerio Público, pues en verdad se cuenta con elementos de juicio suficientes para afirmarlo, como quiera que su autor tenía conocimiento de la normatividad positiva existente y de su obligatoria aplicación y sin embargo se abstuvo de decidir el punto relacionado con la práctica de la diligencia de secuestro, impidiendo que el tercero pudiera ejercer sus derechos tutelados por la ley.

Si el acusado en verdad creía que sólo podía practicar la diligencia de secuestro por petición del ejecutante, lo cierto es que tuvo la oportunidad de corregir su error, puesto que conoció el auto de marzo 28 de 1989, en el cual su superior jerárquico plasmó las siguientes observaciones:

"...Así pueda ser injusta la situación procesal, que podría corregir promoviendo la *práctica* del secuestro ya decretado ...No es indispensable que sea el ejecutante quien traslade al personal del Juzgado al sitio de la diligencia, donde está retenido el automotor, también puede hacerlo cualquier interesado, por ejemplo el propio demandado, o quien manifieste derechos sobre el bien. Es deber de los jueces velar por la práctica de las medidas que han decretado, y velar por la pronta solución de los derechos que se estén reclamando".

Como se ve, la tesis de la ausencia de dolo en la conducta omisiva del procesado no puede ser admitida.

4ª. En cuanto a la dosificación punitiva realizada por el *a quo*, mediante la cual impone la pena mínima de un año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, la Sala advierte que no se tuvo en cuenta la causal de agravación genérica prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, lo cual, dadas las circunstancias concretas de este caso, resultaba aplicable, pero nada puede hacerse al respecto en virtud de la prohibición constitucional y legal de agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. El otorgamiento de la condena de ejecución condicional limitado a la pena privativa de la libertad, tal como lo prevé el artículo 69 *ibidem*, no ofrece ningún reparo.

En relación con la condena en perjuicios, el Tribunal tuvo en cuenta que efectivamente se irrogaron tanto los de carácter material como moral al denunciante Tito Julián Orrego Ocampo, pues el comportamiento omisivo del juez acusado originó serio agravio como quiera que se vio menguado su patrimonio económico, toda vez que según lo manifestó para el proceso el propio quejoso, dicho jeep le tenía "dedicado en esos días al transporte público y de víveres entre Corabastos y Fontibón. Por consiguiente, de este trabajo sacaba yo mi sustento, mi mujer y mis hijos". Todo lo anterior sin perder de vista que corre por cuenta del mismo sufragar los gastos que demanda el servicio de parqueadero prestado por las autoridades a cuyas dependencias fue llevado el vehículo una vez retenido, lugar donde además sufrió deterioro el campero por quedar a la intemperie, sin poder hacerle el mantenimiento correspondiente. Además, la conducta omisiva del juez repercutió de manera sensible en la esfera afectiva del mismo ciudadano.

Teniendo en cuenta que los perjuicios estaban acreditados pero no fueron avaluados, el Tribunal, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 106 y 107 del Código Penal,

fijó el monto de los de orden material en el equivalente en moneda nacional a cien (100) gramos oro, y los de carácter moral en diez (10) gramos oro, especificando que el valor será el que tenga el metal para la fecha en que se produzca el pago de la indemnización.

No es de recibo la alegación del defensor en el sentido de que Orrego Ocampo no tenía derecho a reclamar perjuicios por no ser el dueño del vehículo, pues no se trata de que la propiedad esté o no demostrada, sino de que es un hecho indiscutible que se privó al denunciante de la posesión que tenía sobre el automotor, de cuya utilización derivaba su sustento y el de su familia. Además, como ya se vio, ni la tarjeta de propiedad, ni el certificado expedido por la Oficina de Tránsito de Zipaquirá -marzo 7 de 1990- para aquel entonces constituían demostración completa de la propiedad ni de la posesión del titular que figura inscrito -Ernesto Sabogal Melgarejo-, máxime cuando en la inspección judicial practicada por el juez comisionado se constató que en el expediente del proceso ejecutivo obran los siguientes documentos: "original de la tarjeta de matrícula del jeep .. propietario Ernesto Sabogal Melgarejo... fotocopia del decomiso que hizo la policía donde consta que se encontró a Tito Julián Orrego Ocampo poseyendo materialmente el vehículo" y "formulario original de solicitud de trámite DAT número 005601 Land Rover de placas EK 3953 firmado comprador Tito Julián Orrego Ocampo y vendedor Luis Ernesto Sabogal Melgarejo, firmas autenticadas ante Notario de 23 de octubre de 1984".

Lo anterior quiere decir que tampoco coincide con la realidad procesal lo dicho por el recurrente en la exposición realizada en la audiencia en el sentido de que Tito Julián Orrego, hijo del demandado en el ejecutivo, "para probar que era el dueño del carro presentó una simple promesa de compraventa del vehículo en que su papá le vendía el vehículo a su hijo". Las alegaciones defensivas encaminadas a demostrar la imposibilidad de condenar en perjuicios al doctor Moreno Rodríguez carecen de fundamento.

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. *Confirmar* la sentencia condenatoria apelada, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá contra el doctor Víctor Manuel Moreno Rodríguez, ex Juez Décimo Civil del Circuito de Bogotá.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M. (actúo mi voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NON BIS IN IDEM
(Aclaración de Voto)

Muy a pesar de la perentoria advertencia que la Sala Penal de la Corte hace al Tribunal acerca de no haber tenido en consideración "la causal de agravación genérica prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, lo cual, dadas las circunstancias concretas de este caso, resultaba aplicable", creo que tal prevención no tiene razón de ser, por dos razones fundamentales:

a) Porque he entendido y sigo entendiendo que "la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del *non bis in idem*. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible es apreciado coetáneamente como agravante en la sentencia, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición". Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por omisión es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta misma característica como presupuesto de una circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia -con la cual me identifico en lo demás- insinúa dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia;

b) Porque invariablemente he venido sosteniendo en Sala Penal que las circunstancias de agravación punitiva pergeñadas en el artículo 66 del C. P. deben ser deducidas en el auto que califica el mérito del sumario, y en jamás de los jamases, en el cuerpo de la sentencia, so pena de quebrantar el derecho de defensa.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

Fecha, *ut supra*.

PRUEBA / INDICIO

La prueba de indicios, como todo medio de comprobación, tiene su metodología teórica y práctica, técnica y científica, que no puede dejar de consultar y aplicar el que conoce de un juicio penal. Por eso resulta estéril pretender como descubrimiento dialéctico probatorio, en este segmento, la consagración de una variante legislativa que se traduce en considerar el indicio, no como medio de prueba, sino como "actividad del raciocinio sobre un medio de prueba" o "juicios de valor que permiten realizar conclusiones que tienen valor probatorio", pues esto tiene que decirse también, y con igual sentido, de la pericia, de la confesión, de los testimonios. La prueba de indicios, como amplia categoría de medios jurídicos para hacerse a la verdad, se muestra par de otras recogidas por nuestro estatuto: inspección judicial, testimonio, confesión, pericia, documentos. Su resultado óptimo y despreciable no depende tanto del medio abstractamente considerado, como si de la idoneidad en su producción y la calidad, perspicacia, poder crítico y evaluativo de quien maneja este invaluable instrumento y debe hacerle servir sus fines propios.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8053.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 92. Octubre 13/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de octubre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé, en sentencia de ocho de julio de mil novecientos noventa y dos, en asunto relacionado con la Ley 30/86, artículo 32, impuso a Franco Moncallin cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de diez (10) salarios mínimos mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas, así como la expulsión del territorio nacional al cumplir la pena privativa de la libertad.

Se ha recurrido en casación demanda que fuera declarada ajustada a las formalidades de la ley en auto de veinte de enero del año en curso.

Hechos

El 12 de octubre de 1991, el sacerdote Franco Mondellini se aprestaba a tomar, en el aeropuerto Eldorado, por Air France, vuelo hacia la ciudad de París, Francia, cuando al revisar su equipaje, se encontró en el mismo la cantidad de tres mil seiscientos setenta y tres (3.673) gramos de cocaína, la cual se encontraba debidamente escondida en el doble fondo de sus dos maletas.

Actuación Procedimental

Avocó la averiguación en Juzgado de Instrucción de Orden Público, pero la situación jurídica del procesado (medida de aseguramiento de detención preventiva) le fue resuelta por el Juzgado Cuarenta y Seis de Instrucción Criminal, en acto de primero de noviembre de 1991, decisión en la cual, por la modalidad del hecho, se fijó el trámite del proceso abreviado para continuar el diligenciamiento. Luego, por razón de fuero, intervino el Juzgado Cuarto Superior de Santafé de Bogotá, el cual celebró la audiencia pertinente y emitió el fallo de primera instancia (mayo 5/1992), imponiendo una sanción, confirmada en integridad por el Tribunal.

La Demanda

"Se invoca la causal primera (1ª) de casación, de que trata el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto aprecia el indicio como prueba sin ser medio de prueba".

Como artículos quebrantados se citan el 29 de la C. N. y 246 a 248, 250 y 253 del Código de Procedimiento Penal.

Se afirma que se trata de "violación indirecta de la ley sustancial, por un error de hecho", pues el Tribunal, para producir su fallo de condena, sólo tuvo en cuenta indicios, los cuales no son medio de prueba en la legislación penal colombiana.

Para el memorialista, el universo probatorio propio a nuestra legislación, en el contentado campo, sólo lo integran la inspección judicial, la peritación, los documentos, los testimonios y la confesión. "La libertad probatoria se cifra en el libre arbitrio para la escogencia de entre el universo probatorio, la que el juzgador estime que le brinda la convicción de los hechos y la responsabilidad penal. Pero en manera alguna puede entenderse ni permitirse al amparo de ella el convertir "cualquier cosa" en un medio de prueba, porque ello es violar la ley sustancial en forma indirecta, por un error de hecho".

Al respecto recuerda la Comisión Redactora del actual Código de Procedimiento Penal: "cuando se trató el tema relativo a los medios de prueba, encontramos la tendencia a que los indicios no fueran considerados como un medio de prueba en sí mismos, sino como una circunstancia que se deriva de la valoración que se haga de las distintas pruebas...".

Y adoba la referencia con la tesis del Procurador General de la Nación ("No se debe confundir la libertad de apreciación con la libertad de los medios de prueba") y la del comentarista profesor Gustavo Morales Marín ("...los diversos medios probatorios

comparecen para la estructuración técnica del indicio, el que en verdad no constituye medio de prueba, sino que es actividad del raciocinio sobre un medio de prueba...").

Se remata la alegación, así:

"El indicio, por ser una inferencia o deducción sobre un hecho, que el juez hace, no deja de ser un juicio valorativo, apreciativo, de lo que él cree ver dentro de un medio de prueba; no asegura la legalidad de una sentencia, puesto que al 'indicio' del juez podría anteponérsele el 'indicio' de las partes según su personal parecer y conveniencia. Por ello la razón de ser del legislador al excluirlo como un medio de prueba.

"El indicio es eso, una sospecha, una creencia inherente al fuero interno del intérprete, mas no constituye una circunstancia externa valorativa reveladora capaz de probar con certeza.

"Luego, al no ser medio de prueba el indicio, mal puede proferirse una sentencia con indicios, pues ello está claramente agrediendo y en contravía con lo preceptuado en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, más aún de tal evento no puede predicarse que se ajuste al debido proceso, de que habla el artículo 29 C. N.

"Como quiera que milita en el procesado la presunción de inocencia al tenor del artículo 29 C. N. inciso 4º, a él *no corresponde* la carga de la prueba del elemento delictual, y en este caso, como quiera que el elemento subjetivo del delito está cuestionado, *la carga de la prueba*, debía aportarla *el Estado*, a través de los medios de prueba, y éste, el Estado, lo único que 'aportó' fueron los 'indicios' y ellos no son medios probatorios, sino inferencias del juzgador, por ello, no se desvirtuó la presunción de inocencia que por disposición legal y constitucional, goza el acusado".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Primera en lo Penal

La Corte coincide con la argumentación expuesta por el Ministerio Público y que lleva a éste a rechazar el cargo formulado en la demanda.

A. En primer lugar, la Delegada resalta la equivocada vía escogida por el censor, pues acogiéndose éste a la primera del citado artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (violación indirecta por error de hecho: se supuso la existencia de una prueba, pues los indicios no lo son: "se dio por existente físicamente una prueba que no pasa en los autos"), modalidad propiamente consagrada para cuando el sentenciador asume un medio probatorio legal que no aparece en autos, cuando más bien ha debido señalarse el error de derecho puesto que la objeción va dirigida a evidenciar la ilegalidad de la prueba considerada en la sentencia, pues la tomada por tal no la admite ni la recoge el legislador. En este punto, tan curioso, puede decirse "que no es error de la prueba en cuanto a la legalidad de su aducción al proceso, ya que se parte del supuesto que no es prueba legal y mal puede tener formalidades para su producción y aportación procesales en ese caso, ni se hablará de un falso juicio de convicción por desatender el valor prefijado en la ley para las pruebas. Es un error de legalidad diverso" la prueba como especie no está contemplada por la ley, y por lo mismo, aun cuando exista fenoménicamente no puede aceptarse por ser ilegal, es decir no contemplada por la regla legal. Es por ello que el error no debe buscarse en la materialidad de la prueba misma -lo que supone su admisibilidad legal- sino en un falso juicio de legalidad de medio probatorio (técnicamente una violación

indirecta de la ley sustancial, por error de derecho respecto de la admisibilidad de la prueba de indicios).

"No es pues lo mismo suponer una prueba que no existe físicamente en los autos, pero que legalmente es admitida por el sistema probatorio, que considerar una prueba sí existente físicamente en el proceso, pero que legalmente no se admite como prueba".

B. La Delegada recuerda, pero como mera tentativa de reforma, el interés de algunos para desalojar los indicios del campo de las pruebas y simplemente entenderlos como "proceso lógico de inferencia racional, que el juzgador debe efectuar sobre todos los medios de prueba. Es decir que el indicio se reduce al proceso interno de conocimiento del juez, por el cual deduce o induce las conclusiones que sirven de soporte a la sentencia".

Pero, "afortunadamente", el propósito no culminó y hoy tiene que concluirse, sin lugar a la más mínima hesitación intelectual, que los indicios son válidos y eficaces medios de prueba, apreciación ésta que emerge nítida de la reglamentación que al respecto trae el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 300 a 303. "No tendría sentido que si todo el sistema excluye el indicio, ya que éste lo toma como una simple operación lógica de inferencia racional sobre las pruebas -todas las demás admitidas legalmente- se repitiera la prescripción de usar la sana crítica probatoria frente al mismo, pues bastaría la regla de hacerlo así para las demás pruebas, que con ello sería suficiente (ver artículo 254 C. P. P.)".

De otro lado, si así no fuera, quedaría otra segura fuente de argumentación al mismo respecto, al considerar que el Estatuto Procedimental Penal abre muy ampliamente la posibilidad legal de otros medios de prueba, así no se especifiquen, libertad que sólo tiene por necesarias fronteras la de no irrespetar la dignidad humana o las garantías fundamentales que acompañan a todo ser humano. A ese respecto se mencionan los artículos 248 inciso segundo, 341, en armonía con el 175 del Código de Procedimiento Civil, plausible tendencia si se mira el creciente y variado avance de la ciencia y de la tecnología.

3. El extravío del recurrente se patentiza más cuando anota: "Se viola así la legalidad de un procedimiento, pues exigiendo la ley un medio de prueba para proferir sentencia, se dicta sentencia, sin sustentarse en un medio probatorio", lo cual lleva a la Delegada a comentar: "Si en su concepto se violó la legalidad de procedimiento, necesariamente tenía que impetrar la causal tercera de casación, esto es, la relativa a las nulidades, por violación al debido proceso y no por un error de hecho. Así las cosas, entremezcla las causales primera y tercera de casación, lo cual no es viable, porque cada una debe ser presentada en cargos separados por ser de naturaleza diferente, porque mientras la primera muestra la existencia de un error *in indicando*, la tercera, un error *in procedendo*".

Tan enfática, acertada y bien conocida refutación sería suficiente para desechar la prosperidad de la censura.

Nada, propiamente, podría colacionarse. Pero así lo que a continuación se anota pueda estimarse como simple y llana reiteración de la valiosa y dialéctica opinión de la Procuraduría Delegada, conviene cerrar esta réplica con estas ligeras glosas:

a) Tal como se confeccionó la demanda, en la cual la única alegación consistía en negarle al indicio su naturaleza de medio probatorio, el recurrente, al señalar que el fallo

había tenido por único fundamento esta clase de comprobación, estaba obligado a señalar de manera concreta los "indicios" recogidos a este fin por el Tribunal, a efecto de poder la Sala cumplir con una confrontación de verdad en el aserto y señalar un posible desacierto en el casacionista al tomar por indicio lo que no se asumió en igual nivel probatorio por el fallador;

b) La forma como el legislador, en definitiva, se ha referido en el Código de Procedimiento Penal a los indicios (*Libro I, Título V -Pruebas-*-, Capítulo I, Principios Generales; Capítulo II, Inspección; Capítulo III, Prueba Pericial; Capítulo IV, Documentos; Capítulo V, Testimonio; Capítulo VI, Confesión; y *Capítulo VII, Indicios*), obliga a estimar los mismos en esa su especificada calidad de "prueba", de "medio de prueba" de "probanza", de "recaudo o acervo de certeza", etc. Pretender, con inclusión tal acompañada de un lineamiento de definición del concepto y de las formas más esenciales que deben considerarse en su producción y valoración, que ello no comporta la singularización de un idóneo y calificado elemento de prueba, es negar lo evidente. Es imposible que desarrollando el legislador el instituto de las pruebas, se vaya a referir a algo, en este título, que no represente esa connotación y no cumpla con ese especial y propio cometido. De los indicios se puede decir, en contra, lo que se quiera y pecas de sus apreciaciones cuando tienen un contenido de sensatez y de crítica jurídica, no suscitará enjundiosa controversia, pero no es dable iniciar ese cuestionamiento negando, al menos en nuestro Código de Procedimiento Penal, su legal carácter de medio de prueba.

¿Tendrá alguna explicación distinta a la ya anotada, destacándose como se destaca esa específica y diciente ubicación y el previsor afán de fijar sus "elementos" (art. 300): el indebido fraccionamiento de un hecho indicador para hacerlo servir como pluralidad de indicios (art. 301); la exigencia de la válida demostración del hecho indicador (art. 302) y se refiere a la "apreciación de los indicios" (art. 303)? Posición contraria no pasa de ser o una audacia argumentativa o una insensatez mental.

Pero es más, todo ese fundamental aprestamiento legislativo debe servir para algo y no se concibe racionalmente que esa finalidad no conduzca a nada cierto en cuanto a su visible efecto, o sea, establecer, demostrar, comprobar, fijar, etc., objetivos del proceso, los cuales se resumen, a la postre, en una declaratoria o negación de "certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado" (art. 247);

c) El aparte del artículo 248, tomado como decisivo para despojar al indicio de su mérito de medio de prueba ("Los indicios *se tendrán en cuenta* al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica"), es una adición intrascendente y en la cual la palabra no logró traducir la idea que se quería expresar. Cierto, porque como está redactado el aparte, éste tolera múltiples interpretaciones pero nunca la de servir al pretendido fin de no poder justipreciar el indicio como prueba. A ese respecto podría destacarse, aunque los aspectos tradujeran perogrulladas, que se quiso imponer la evaluación de los indicios al momento de apreciarse las demás pruebas; en otros términos, que no debe hacerse interpretación separada dentro del haz probatorio de un proceso; o que la evaluación surgiera cuando se requiriese, esto es, al momento de tomarse la determinación que en ello se apoyase, v. gr., resolver una situación jurídica, calificar un sumario, dictar una sentencia; o, también, entender la advertencia como la

necesidad de analizar el indicio simultáneamente con la prueba que lo establece; o que el análisis no descuidase el equilibrio conceptual de indicios y contraindicios; o, finalmente, para no abundar en más deducciones, advertir la necesidad de someter el indicio a una rigurosa sana crítica.

Pero, todo ello, dígalo o no la comentada fracción del artículo 248, tiene que asumirlo el juzgador porque la prueba de indicios, como todo medio de comprobación, tiene su metodología teórica y práctica, técnica y científica, que no puede dejar de consultar y aplicar el que conoce de un juicio penal. Por eso resulta estéril pretender como descubrimiento dialéctico-probatorio, en este segmento, la consagración de una variante legislativa que se traduce en considerar el indicio, no como medio de prueba, sino como "actividad del raciocinio sobre un medio de prueba" o "juicios de valor que permiten realizar conclusiones que tienen valor probatorio"; pues esto tiene que decirse también, y con igual sentido, de la pericia, de la confesión, de los testimonios;

d) La tendencia constante de la justicia es abrirse a los nuevos aportes de la ciencia, mientras éstas se compatibilicen con la dignidad del hombre, y no cerrarse a sus progresos. A la verdad no hay que temerle y menos cuando se impone como meta imprescindible en los procesos de justicia, especialmente en el campo penal, en donde tantos valores y bienes entran en juego y corren el riesgo de afectarse de manera fundamental y hasta irreversible.

Si se quieren apariencias de justicia o se procura que ésta no logre sus propósitos, está bien que alguien se esmere por privar al juez de medios para desentrañar los hechos sometidos a su conocimiento. Pero todavía no se está en este espacio histórico y antes bien todos los ordenamientos legales escancian posibilidades de saber, en un conflicto, de qué lado están el derecho, la ley y la justicia.

La prueba de indicios, como amplia categoría de medios jurídicos para hacerse a la verdad, se muestra par de otras recogidas por nuestro estatuto: inspección judicial, testimonio, confesión, pericia, documentos. Su resultado óptimo o despreciable no depende tanto del medio abstractamente considerado, como si de la idoneidad en su producción y la calidad, perspicacia, poder crítico y evaluativo de quien maneja este invaluable instrumento y debe hacerle servir sus fines propios. Nunca puede afirmarse, a no ser que se desconozca su esencia, que su naturaleza (y de ahí su riesgo y menosprecio) sea equivalente a "sospecha, conjetura, suposición, suspicacia", o que se trata de un artificio de convicción de origen subjetivo o que sólo responda a incontrolables impulsos personales. No. La prueba de indicios se ha vuelto tan importante e imprescindible porque, precisamente, se suele nutrir cada vez más de la tecnología y la ciencia modernas. Y, además, tiene una tan amplia historia que antecede a muchos otros elementos de prueba. El hombre estableció comparaciones ciertas, que le ayudaron a conformar un estado social respetable, antes de darle denominación y reglas jurídicas. Este abolengo se destaca cuando se recuerda que en el siglo XVI se produjo su "más exacta noción y valoración" y que su manejo está cimentado en un proceso de inducción lógica que opera a base del silogismo, en el cual la premisa mayor está dada por reglas de experiencia, sentido común, ciencia; y la premisa menor por circunstancias ciertas, probadas, relevantes que, en el proceso penal, de modo prioritario se relacionan con situaciones del procesado. Su reducción taxativa a clasificaciones (recordar la antigua

tabula indiciorum de Francisco Casoni) es "vana labor... que, por muy extensa que fuere, nunca recogería los hechos y circunstancias que en la infinita variedad de los casos pueden tener fuerza indiciaria". En todo caso, esas propuestas teóricas y pragmáticas los ha depurado la lenta tradición y la acertada crítica probatoria, y, además, la ciencia ha introducido valiosas adiciones y sustituciones, con apreciables efectos en su seguridad y eficacia.

Para destacar su definitiva importancia baste aseverar que es más fácil que un proceso deje de contar con otros medios de prueba que con éste y que, en el campo penal, el delincuente o el supuestamente ofendido pueden manipular todos aquéllos, pero siempre se les escaparán algunos decisivos indicios. Y, de otro lado, que la ciencia cada día reconoce en el hombre características intransferibles que, como inconfundible sello de individualidad, los deja plasmados como impronta en su conducta delictuosa.

La ciencia probatoria que se ocupa de los indicios no deja de suministrar preciosos derroteros y requisitos que colman de seguridad y valor a este medio de convicción. Ella, y no es la oportunidad de un escrutinio exhaustivo al respecto, muy conocido por quien como abogado o juez maneja estos temas, establece preciosas reglas (que los factores se muestren serios, graves, convergentes, plurales, independientes, con origen probatorio distinto, coordinables, con conclusiones naturales y lógicas que puedan exhibirse como coherentes, etc.) de comprobación y evaluación, que excluyan el azar, la apariencia, la falsificación o la casualidad.

Ni siquiera es susceptible de hacérsele la crítica de la presunción, medio de prueba que se estima como sustitución de la prueba.

Lo escrito es suficiente para rechazar el cargo.

En consecuencia, 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 de la Delegada,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado, ya indicado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PROCEDIMIENTO PENAL / CASACION DISCRECIONAL / PRINCIPIO DE PRECLUSION / PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD

En el sistema procesal imperan los principios de preclusión y de eventualidad. / En virtud del primero, el proceso se halla estructurado por secciones que cumplen una progresiva y determinada función que les confiere eficacia a los actos procesales que las partes deben cumplir, siempre y cuando lo hagan en las oportunidades y dentro de los términos expresamente señalados en la Ley. Cumplida esa condición sin actuar, o con una insuficiente o equivocada actuación, el acto precluye, y por tanto, no puede ya realizarse. Por razón del segundo, íntimamente vinculado al anterior, las partes deben aducir de una sola vez todos los instrumentos probatorios y dialécticos requeridos para el empleo de la oportunidad procesal, no siéndoles dado, por consiguiente, aportarlos extemporáneamente "por instalamentos" y a su propio arbitrio. Correlativamente, ambos principios sujetan al Juez, que no puede desconocerlos sin vulnerar garantías fundamentales. / Es indispensable que la petición de concepción del recurso de casación en los casos no ordinarios -los de los dos primeros incisos del artículo 218 C. de P.P.- se fundamente sumariamente. Si ello no se requiriera, habríale bastado al legislador extender sin condicionamiento de ninguna índole el recurso de casación a toda clase de sentencias en materia penal; si no lo hizo de esa manera, es porque sencillamente el recurso de casación así reglado obedece a una pauta política del Estado y está consagrado para cumplir una función específica en el proceso penal. / Es obvio que si la solicitud de concepción del recurso ha de hacerse dentro del término que para impugnar en casación se tiene, es en esa oportunidad y no en otra, cuando la fundamentación sumaria de lo que el casacionista pretende al seleccionar la alternativa -si es que opta por una sola de ellas- del tercer inciso del artículo 218 C. P. P., debe hacerse, y sólo como guía para que la Corte estudie la eventualidad de la concesión del recurso y discrecionalmente decida.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8713. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 096.

Santafé de Bogotá, D. C., 22 de octubre de 1993.

Vistos

Procede resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Robinson Ricardo Rada González contra el auto del 20 de septiembre próximo pasado, mediante el cual la Corte denegó la concesión del recurso de casación contra la sentencia del 29 de junio del presente año, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, impugnación que se adujo como apoyada legalmente en el artículo 218, inciso tercero, del C. de P. P.

Antecedentes

Fallido el recurso de hecho intentado por el defensor de Robinson Ricardo Rada González, condenado por el delito de infidelidad a los deberes profesionales (art. 175 C. P.), contra el auto en el que el Tribunal le había denegado el de casación contra el fallo de segunda instancia, dado que la Corte estimó carente de competencia al Tribunal para definir sobre el asunto según pronunciamiento del 11 de agosto último (fls. 61 y ss. cdno. 1 C.) y anuló la actuación pertinente, y denegada por la Corte dentro de su competencia- la concesión del recurso extraordinario que el peticionario adujo fundado en el artículo 218, inciso tercero del C. de P. P. por auto del 20 de septiembre del año que transcurre (fls. 3 y ss. cdno. 2 C.), el mismo profesional ha interpuesto el recurso de reposición contra este proveído, con estos argumentos:

1. La precitada disposición legal no exige al recurrente explicar cuál de los dos objetivos previstos en ella persigue al impugnar una sentencia reciente no susceptibles del recurso tradicional de casación, ni le exige "sustentar la solicitud con rigor y la precisión formales" que la jurisprudencia ha venido demandando.

2. Tampoco la norma prevé el momento en que debe hacerse la sustentación.

3. En el caso en estudio el recurso se interpuso ante el Tribunal y se sustentó ante la Corte dentro de la tramitación del antes referido y fallido recurso de hecho "y llegó a la Sala Penal como parte de la interposición del recurso de casación".

4. Cuando la Corte conoció del recurso de hecho, y cuando dentro de su competencia denegó la concesión del recurso de casación, "ya estaba incorporado a la impugnación un escrito de fundamentación".

5. El rigorismo de las pautas formales que la jurisprudencia ha impuesto para la interposición del recurso excepcional de casación "no se puede extremar hasta el punto de negar la concesión del recurso porque se sustentó oportunamente ante la Sala Penal "de la Corte" y no ante el Tribunal Superior, que como bien se sabe, no es la autoridad que decide la concesión del recurso".

6. Como la ley no señala el momento en que debe sustentarse "el recurso" y ha sido la jurisprudencia la que lo ha hecho, "nada se opone a que se sustenta ante el superior como ocurrió en este caso". "De otra parte -añade- si se aplica el artículo 209 del C. de P. P. que regula este trámite, tanto en su letra como en su espíritu, la sustentación de este recurso de casación ante la Sala Penal se ajusta a derecho".

7. Conforme al artículo 228 de la C. N. debe prevalecer el derecho sustancial en la administración de justicia; y como en este caso el recurso "tiene como fin garantizar derechos fundamentales del procesado", tales derechos no pueden quedar "diluidos en factores puramente formales".

Consecuente con sus planteamientos solicita "se repongan la providencia impugnada y en su defecto se declare que la dejada sustentación oportuna ante la Corte" hace viable la concesión del recurso y se le imprima el trámite respectivo.

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero aclarar al distinguido profesional recurrente que el presente trámite no se regula por el artículo 209 del C. de P. P. como lo afirma en su argumentación sexta, segundo aparte, pues este precepto es específico para el recurso de hecho, y muy claro está dentro de la actuación que se surte, que ese recurso no tuvo viabilidad por falta de competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para resolver como lo hizo en auto del 29 de junio (fl. 70 cdno. Tr.), siendo ésa la razón para que la Corte hubiera declarado la nulidad de "todo lo actuado a partir inclusive del auto del Tribunal Superior ... que denegó el recurso extraordinario interpuesto por el defensor de Rubinson Ricardo Rada González", según puede leerse en la parte resolutiva del pertinente pronunciamiento (fl. 68 cdno. 1 C.).

La declaración de nulidad afectó, pues, todo el contenido procesal dependiente del auto del Tribunal, lo que sencillamente indica cobijó la alegación sustentatoria del recurso de hecho, quedando entonces como argumentación considerable para que la Corte decidiera lo que le correspondía en atención al mandato del inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., única y exclusivamente, la contenida en el escrito de la defensa -representada entonces por otro profesional del Derecho (fl. 67 cdno. Tr.)- y cuyo tenor literal, aunque ya conocido, no sobra recordar:

"El defensor del procesado, con respeto manifiesta 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 los deberes profesionales

"Corresponde a la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en su sabia discrecionalidad, consaderar la admisión del recurso.

"El recurso tiene pábulo en el inciso final del artículo 218 del C. de P. P.".

Ahora bien, en nuestro sistema procesal imperan los principios de preclusión y de eventualidad.

En virtud del primero, el proceso se halla estructurado por secciones que cumplen una progresiva y determinada función que les confiere eficacia a los actos procesales que las partes deben cumplir, siempre y cuando lo hagan en las oportunidades y dentro de los términos expresamente señalados en la ley. Cumplida esa condición sin actuar, o con una insuficiente o equivocada actuación, el acto precluye, y, por tanto, no puede ya realizarse.

Por razón del segundo, íntimamente vinculado al anterior, las partes deben aducir de una sola vez todos los instrumentos probatorios y dialécticos requeridos para el empleo de la oportunidad procesal, no siéndoles dado, por consiguiente, aportarlos extemporáneamente "por instalamentos" y a su propio arbitrio. Correlativamente, ambos principios sujetan al Juez, que no puede desconocerlos sin vulnerar garantías fundamentales.

En este orden de ideas, tiénese que el único supuesto argumental con que contaba la Corte para decidir si concedía o no el recurso de casación, haciendo uso de la potestad discrecional por referirse la sentencia impugnada única y exclusivamente a un delito cuya punibilidad excluía de la posibilidad del recurso que se ha venido conociendo como "tradicional" de casación para diferenciarlo del que prevé el último inciso del artículo 218 del C. de P. P. era el memorial antes transcrito, presentado por el entonces defensor.

Con su introducción dentro del término legal para recurrir en casación, precluyó tal oportunidad impugnatoria, pues ésta no se prolongó con la interposición del recurso de hecho contra el incompetente auto del Tribunal, ya que ese recurso ni siquiera podía estudiarse: el vicio que lo afectaba lo impedía en forma absoluta, así que la argumentación que dentro de él presentó la defensa carecía de incidencia en lo que iba a resolverse y se resolvió.

Ahora, que el profesional desaprovechó la oportunidad con su lacónico petitorio en el que a excepción de mencionar que la sentencia se refería a un delito de "infidelidad de (sic) los deberes profesionales", que correspondía a la Corte decidirlo, y que tenía "pábulo en el inciso final del artículo 218 del C. de P. P.", ningún esfuerzo mental, por mínimo que fuera, realizó para indicar la alternativa a la que se acogía al impugnar -de las dos que trae la norma: necesidad del desarrollo de la jurisprudencia o/y de garantizar derechos fundamentales-, vale decir, si no tuvo en cuenta el muy trajinado principio de eventualidad, alegando con la plenitud debida que le imponía el tratarse simplemente de solicitar la concesión del recurso, no de fundamentar el recurso como en algunos de los apartes de su escrito de reposición lo da a entender el distinguido recurrente, no es responsabilidad de la administración de justicia el que la sentencia de segundo grado haya quedado sin recurso extraordinario.

Ahora bien; en cuanto toca con el argumento de que la Ley no establece ni la oportunidad ni la forma en que la solicitud de concesión del recurso debe hacerse, ello es cierto. Sin embargo, la elaboración jurisprudencial al respecto que tanto parece incomodar al señor recurrente ha partido de la interpretación sistemática de las normas que regulan el recurso de casación, porque la función del juez no puede limitarse al tenor literal del precepto. Ello implica reconocer como sí es indispensable que la petición de concesión del recurso de casación en los casos no ordinarios -los de los dos primeros incisos del artículo 218 C. de P. P.- se fundamente sumariamente. Si ello no se requiriera, habríale bastado al legislador extender sin condicionamiento de ninguna índole el recurso de casación a toda clase de sentencias en materia penal, si no lo hizo de esa manera, es porque seguramente el recurso de casación así reglado obedece a una pauta política del Estado y está consagrado para cumplir una función específica en el proceso penal.

Marcar por el peticionario el derrotero que pretende imprimirle a la demanda de casación para procurar que el recurso sea concedido es atender el contenido de la norma

e interpretar correctamente su alcance, pues la argumentación que entonces conoce la Corte es el sustento de su ejercicio discrecional para concederlo; no es, ni mucho menos, culto ciego a las formas, cuando precisamente se trata de una impugnación que las exige expresamente, pero sin suprimir al juez competente su capacidad interpretativa.

Por lo demás, es obvio que si la solicitud de concesión del recurso ha de hacerse dentro del término que para impugnar en casación se tiene, es en esa oportunidad, y no en otra, cuando la fundamentación sumaria de lo que el casacionista pretende al seleccionar la alternativa -si es que opta por una sola de ellas- del tercer inciso del artículo 218 C. de P. P., debe hacerse, y sólo como guía para que la Corte estudie la eventualidad de concesión del recurso y discrecionalmente decida.

Por último, las razones para que esa sustentación deba formularse, son suficientemente conocidas y han sido reiteradas en diversos pronunciamientos a los cuales el señor defensor no parece extraño, y sin embargo, aunque censura la elaboración jurisprudencial al respecto, nada nuevo aporta como para ahondarla o modificarla por el momento; y en la providencia recurrida en reposición aparecen expuestas con suficiente claridad. Resulta, pues, no atendible la solicitud de reposición.

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

RESUELVE:

No reponer el auto de origen y fecha a que hace mérito esta providencia. En firme, devuélvase el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCIÓN DE REVISION / COSA JUZGADA

Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción de revisión, por tratarse del cuestionamiento a una sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Distrito Judicial. / La acción de revisión es un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez vela el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causales señaladas taxativamente en la ley. / Siendo la cosa juzgada también una de las garantías procesales más importantes que permite considerar a determinadas decisiones judiciales definitivas dando así la seguridad debida a las mismas, se entiende por qué una acción de revisión sea tan exigente, pues se trata nada menos de buscar con ella la supresión de los efectos de la cosa juzgada judicial. Se impone, por consiguiente, la cuidadosa selección de la causal y fundamentalmente la de las pruebas en que ésta se funda; es un nuevo proceso en donde el objeto cuestionado es la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, porque al pretender su remoción con la demostración de un error inexistente se busca que la administración de justicia inexorablemente tenga como soporte siempre la verdad real.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7997. Revisión.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 98.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

El procesado condenado por el delito de homicidio, señor Jorge Francisco Muñoz Morales, mediante defensor, acude a la acción de revisión por considerar que han surgido pruebas, no conocidas en el momento de proferir el fallo, que demuestran su inocencia.

Agotado el trámite respectivo, compete a la Corte decidir lo que corresponda en derecho.

Los Hechos y la Actuación Procesal

1. Refieren los autos que aproximadamente a eso de las nueve de la noche del 20 de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, en la residencia de José Daniel Tibambre, ubicada en la carrera 4ª D No. 31-62 de la ciudad capital de la República, el joven Germán Gómez Cárdenas recibió una herida con arma cortopunzante en el cuarto espacio intercostal derecho, a consecuencia de la cual dejó de existir.

2. Adelantada la correspondiente investigación se determinó, no obstante habérsele juzgado en contumacia, que el autor del homicidio referido fue el señor Jorge Francisco Muñoz Morales, a quien se le llamó a responder en juicio por dicho delito y se le condenó por el Juzgado 16 Superior de Bogotá, hoy 60 Penal del Circuito, a la pena principal de ocho (8) años de prisión, determinación que el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en su integridad, mediante sentencia de abril 13 de 1984.

La Demanda de Revisión

1. El 15 de diciembre de 1991, cuando se hallaba indiscutiblemente ejecutoriada la sentencia condenatoria y sin que se operara la prescripción de la pena, se produjo la captura de Muñoz Morales en el Aeropuerto Internacional Eldorado; confirió poder a un abogado para efectos de la acción de revisión el cual presentó la demanda con los anexos probatorios correspondientes, siendo admitida por reunir los requisitos formales legalmente exigidos.

2. Con fundamento en el artículo 232, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal, demanda el actor la revisión del fallo condenatorio proferido a su poderdante por haber surgido con posterioridad a la sentencia pruebas no conocidas al tiempo de los debates, demostrativas de la inocencia de su poderdante.

Una de las pruebas aportadas es la certificación del jefe de denuncias de la Segunda Estación de Policía Metropolitana, Sargento Primero Luis Alfonso Daza Fernández, en donde se afirma que José Francisco Muñoz Morales formuló denuncia en dicha Estación el 20 de mayo de 1979 por el extravío de su cédula de ciudadanía número 19096469 de Bogotá, esto es, con anterioridad a la ocurrencia de los hechos por los que se le condenó.

Dice igualmente el actor que su poderdante una vez formuló la denuncia viajó a Venezuela, donde fijó su residencia, para lo cual allega documentación que así lo acredita, expedida por autoridades de dicho país: constancia del Jefe de Identificación y Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela donde se dice que José Francisco Muñoz Morales ingresó a ese país en junio de 1979; del Prefecto del Estado del Táchira sobre residencia del mismo procesado en territorio de su jurisdicción, y dos declaraciones extraproceso sobre la época en la cual el procesado viajó a Venezuela.

Como en el proceso donde se le condenó alguno de los deponentes afirma que en el momento de los hechos se encontraba con el homicida un hermano de éste de nombre Mario, se pretende desvirtuar tal afirmación con una copia del acta eclesiástica de matrimonio de los padres del procesado en la cual figuran los hijos legitimados por ellos, entre los cuales no está el referido Mario, porque no existió tal hermano del procesado.

3. En el período probatorio se ordenaron las pruebas consideradas conducentes que solicitó la defensa y las oficiosamente decretadas, la mayoría de las cuales fueron debidamente practicadas. Con ella se demostró que la fecha en que se denunció el extravío de la cédula del procesado fue muy posterior a los hechos por los cuales se le condenó, y que sí existió el hermano del procesado de nombre Mario, que falleció hace algún tiempo.

Alegatos de Conclusión

Dentro del término para presentar alegaciones de fondo, lo hicieron en legal forma el defensor actor y el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal. El primero estima probada la inocencia de su poderdante con las pruebas allegadas en el trámite de la revisión y no conocidas en los debates determinantes del fallo, por lo cual considera que éste fue injusto. Demanda, pues, una sentencia de revisión y consecuentemente la libertad provisional de su poderdante.

El segundo, por su parte, después de analizar cuidadosamente las pruebas aportadas y las recepcionadas en el trámite, encuentra que la revisión debe negarse porque la inocencia alegada no se ha demostrado y, además, solicita se ordene la compulsación de copias para que se investiguen los posibles delitos cometidos en dicho trámite.

Consideraciones de la Corte

1. Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer de esta acción de revisión, por tratarse del cuestionamiento a una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, concretamente el de la ciudad de Santafé de Bogotá (art. 68-1 C. de P. P.).

2. La acción de revisión es un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez cede el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causas señaladas taxativamente en ley.

Siendo la cosa juzgada también una de las garantías procesales más importantes que permite considerar a determinadas decisiones judiciales definitivas, dando así la seguridad debida a las mismas, se entiende por qué una acción de revisión sea tan exigente, pues se trata nada menos de buscar con ella la supresión de los efectos de la cosa juzgada judicial. Se impone, por consiguiente, la cuidadosa selección de la causal y fundamentalmente la de las pruebas en que ésta se funda; es un nuevo proceso en donde el objeto cuestionado es la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, porque al pretender su revocación con la demostración del error planteado se busca que la administración de justicia inexorablemente tenga como soporte siempre la verdad real. Cualquier distorsión de la prueba que apunta a esa verdad no solamente deja sin piso la pretensión, sino que puede constituir infracción penal ya por la alteración misma de la prueba, ora por el engaño de que se quiso hacer objeto a los administradores de justicia. Ello explica por qué el legislador quiso que un trámite de esta naturaleza solamente pudiera hacerse a instancias de un abogado, pues además de requerir una técnica, exige lealtad y honestidad profesional, por tener una ética bien delimitada y ser un auxiliar permanente de la justicia, está en mejores condiciones de actuar dentro de esos precisos límites ético-jurídicos.

3. En el caso presente se pretendió demostrar la inocencia de sujeto condenado al sostener la demanda que el día de los hechos imputados éste no se encontraba en el escenario de los mismos, pues con anterioridad había viajado a la vecina república de Venezuela, donde se halla residenciado desde entonces, y que, además, el error del fallador consistió en haberles dado valor a unos testimonios de personas que han estado comprometidas con la justicia y que posiblemente fueron las que se apoderaron de la cédula de ciudadanía que el procesado había perdido y la dejaron en el lugar de los hechos por ellos seguramente cometidos para cargarle injustamente una responsabilidad de la cual ha sido siempre ajena; y que ellos mismos se inventaron, para dar visos de credibilidad a su dicho, un supuesto hermano del sindicado.

Para demostrar este planteamiento, que en el plano de las probabilidades aparece lógico, se acudió a la prueba testimonial y a la documental. En efecto, dos deponentes afirman constarles que dicho procesado viajó a Venezuela en fecha que resultó anterior al hecho investigado, y con documentos públicos de autoridades venezolanas se acreditó su residencia en dicho país, la cual data ciertamente desde un tiempo anterior al de los hechos por los cuales fue condenado, una certificación oficial donde consta la denuncia que el procesado actor formuló ante la Estación Segunda de Policía de la capital en mayo de 1979, tiempo anterior a los hechos, sobre el hurto de sus papeles de identificación entre los cuales se encontraba su cédula de ciudadanía, la que fuera hallada por las autoridades en el escenario del crimen y que se tuvo como prueba de imputación por los testigos del hecho quienes, además, dieron cuenta de que el poseedor de esa cédula fue el autor de la lesión mortal que recibió Germán Gómez Cárdenas y el mismo que se hallaba en compañía de un hermano de nombre Mario Muñoz Morales departiendo con el grupo del cual formaban parte igualmente los testigos y la víctima.

Para tratar de desvirtuar esta última prueba referida y obrante en el proceso se allegó una partida eclesiástica de matrimonio de los padres del procesado donde figuran legitimados los hijos de dicha pareja, entre los cuales no aparece Mario Muñoz Morales porque no existe sino en la imaginación de los testigos mentirosos que depusieron en el expediente contra un inocente, dice la demanda.

4. En el período probatorio de la acción de revisión en referencia, se demostró lo siguiente:

a) Que el sujeto condenado ciertamente viajó a Venezuela en 1978 y se radicó en dicho país desde entonces. Sin embargo, ello no significa en manera alguna que para 1979 dicho procesado no hubiese vuelto al país, pues hay constancia documental de haber entrado en junio de ese año por el Puerto de La Guaira, y él mismo lo admite en su exposición libre que rindió ante la Corte, cuando reconoce haber extraviado su cédula de ciudadanía en uno de los barrios de la capital en mayo de ese año y denunciado tal hecho en el mismo día, aspecto que es corroborado por los testigos que citó, que dan cuenta que el procesado viajó en octubre o noviembre de 1978, dice Ernesto Adolfo Herrera López (fl. 124); y Jairo Alberto Maldonado Villamizar, el otro testigo, no obstante ser muy dubitativo en la fecha del viaje inicial, dice haberse enterado de que su amigo regresó de Venezuela a vender una casa que tenía en el centro de Bogotá, fecha en la cual perdió los papeles de identidad, según él mismo se lo informó (fl. 125).

Por manera que la prueba documental demostrativa de la residencia de Muñoz Morales en Venezuela y los testimonios que avalan el viaje de éste a dicho país en el año

de 1978, tal como ha quedado analizado, no prueban su inocencia respecto de los hechos por los cuales se le condenó. Por el contrario, ha quedado comprobado que en el año de 1979 sí estuvo en Bogotá dicho procesado.

b) La prueba documental aportada respecto de la denuncia del 20 de mayo de 1979 sobre la pérdida de la cédula de ciudadanía es falsa. En efecto: al solicitar el despacho a la Segunda Estación de Policía se certificara al respecto, el Jefe de denuncias de la Décima Quinta Estación -en la que se transformó la Segunda con la reestructuración que se dio a la Institución- respondió así: "...me permito informarle que revisados los archivos, no se encontró ninguna copia de denuncia para la precitada fecha, por el extravío de la cédula de ciudadanía número 19096469 a nombre de Jorge Francisco Muñoz Morales y sí aparece una denuncia por dicha cédula y a nombre del mencionado ciudadano, pero con fecha 06 de enero de 1992, del cual se anexa fotocopia donde se lee que la cédula y libreta militar fueron extraviadas el 23 de noviembre de 1991" (fl. 103). Efectivamente la fotocopia referida que se adjuntó a la certificación anterior así lo corrobora indicando, además, que quien formuló dicha denuncia fue el mismo sindicado. Por su parte, la Registraduría Nacional en respuesta al oficio pertinente de la Corte, da cuenta que al referido Muñoz Morales se le han expedido tres copias de su cédula en las siguientes fechas: el 2 de septiembre de 1971, el 14 de enero de 1975 y el 25 de noviembre de 1985 (f. 106).

Como de las certificaciones anteriores se infería la falsedad del documento aportado como prueba, se dispuso oír en declaración al Suboficial que aparece suscribiéndolo, el Sargento Primero Luis Alfonso Daza Fernández, quien reconoció como suya la firma que aparece en él, y haber sido elaborado en su oficina por algún ayudante y aunque no precisa quién fue, dice se lo pasaron para la firma sin que se haya tomado la molestia de verificar su contenido con el libro respectivo debido al cúmulo de trabajo que tenía por la afluencia permanente de público y por la confianza depositada en sus colaboradores. De todas maneras, admite que en una ocasión lo llamó por teléfono una señora Cristina a pedirle el favor de la certificación y como le llevó una constancia en papel membrete, ordenó expedirle la nueva en donde posiblemente se adulteró la verdad en la forma indicada por los autos (fl. 177).

Es evidente entonces que la prueba aducida, lejos de demostrar la inocencia del sujeto condenado, lo compromete seriamente no sólo en la falsedad de ese documento y en el fraude procesal que con él se intentó, sino en los mismos hechos por los cuales se produjo la sentencia condenatoria, ya que si no era responsable de ellos no tenía por qué acudir a pruebas falsas para desvirtuar el cargo. Debió tener presente que la verdad se impone necesariamente y aun cuando parezca difícil su demostración, no será imposible;

c) Los testimonios que sirvieron de base al fallo de condena, en cuanto indicaron al autor del hecho no sólo por habérsele caído el documento de identificación en el lugar del crimen, sino por ser el hermano de Mario Muñoz Morales a quien conocían y se encontraba allí, no pudieron ser desvirtuados con el acta eclesiástica de legitimación que se adujo, porque ese tipo de prueba lo único que demuestra es el acto de la legitimación de los hijos habidos antes del matrimonio, pero no la existencia de un hijo de ese matrimonio, ya que bien puede ocurrir que éste haya nacido después de dicho vínculo y en cuyo caso no podía ser legitimado -que fue lo ocurrido precisamente-, pues el matrimonio se realizó el 8 de diciembre de 1957 y Mario nació el 13 de septiembre de 1958;

o también, porque haya muerto con anterioridad al acto matrimonial, en cuyo evento sería superflua su legitimación; o simplemente, porque por error se haya omitido incluirlo en el acta.

En el caso presente lo comprobado ha sido que el señor Mario Muñoz Morales sí existió, que era hermano de padre y madre del aquí procesado, que nació con posterioridad al acto de legitimación de los hijos habidos extramatrimonialmente y que el mismo dejó de existir en Zipaquirá el 13 de septiembre de 1987 (más de dos años después de que ocurrieran los hechos a que se contrae la acción de revisión), según el registro civil de defunción que obra en autos (fl. 219); igualmente se comprobó que a él se le expidió la cédula de ciudadanía número 19367733 de Bogotá, documento que precisamente su hermana Cristina Virginia Muñoz Morales solicitó el 23 de junio de 1993 a la Registraduría diera de baja por muerte de su titular (fl. 218).

El tratar de desconocer esta evidencia no solamente con la prueba ya referida, sino con la negativa expresada en la exposición libre rendida por el sindicado, permite inferir su insinceridad y el propósito de engañar a la justicia para hacerle producir un acto judicial contrario a la realidad de lo ocurrido, la sentencia de revisión impetrada.

Tampoco, pues, este medio de prueba demostró que el interesado en la revisión de su causa es inocente. La presunción de acierto y veracidad de que está precedido todo fallo judicial se mantiene incólume en el presente caso, no sólo porque los testigos que declararon en su contra conocían al hermano del homicida y por ello lo citaron, sino por cuanto ningún grado de credibilidad merece el planteamiento de inocencia que hace el procesado acudiendo a la mentira, al engaño y a la falsedad, como ha quedado demostrado en precedencia;

d) Ciertamente una de las pruebas ordenadas, el reconocimiento en fila de personas por parte del único testigo de los hechos que se hizo presente, arrojó resultados negativos, toda vez que en la diligencia respectiva manifestó no reconocerlo. Sin embargo, ello no resulta trascendente por cuanto el tiempo transcurrido ha sido considerable y según el mismo testigo lo afirmó, las personas cambian su fisonomía con el paso del tiempo. De todas maneras, cabe sí destacar que la descripción hecha por el testigo en su momento y las fotografías que se aportaron al proceso en aquella época guardan similitud con los rasgos físicos del procesado capturado -consignados en la diligencia de exposición- especialmente aquellos que resisten mayormente el paso deteriorante de los años, como son el color de los ojos y la clase de cabello.

Al quedar demostrado que ninguno de los medios de prueba aportados saca avante la inocencia del sujeto condenado, se impone un fallo adverso a la pretensión de revisión impetrada, tal como acertadamente lo demanda el señor Procurador Tercero Delegado.

Otras Determinaciones

Como corolario de lo analizado es deber de la Corte disponer que se compulsen copias para que se remitan a las autoridades correspondientes a fin de que, si lo estiman procedente, se investiguen los posibles delitos que se pudieron cometer, así:

a) Del de falsedad documental por la expedición de la certificación obrante a folio 3 se compulsarán fotocopias autenticadas de ese folio, de la declaración obrante a folios

172 y ss., de los folios 103, 105, 106 y 107 del cuaderno de revisión, así como de la presente providencia y del concepto de la Delegada, todo con destino al Comando de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, por haber sido en hecho cometido con ocasión del servicio oficial asignado;

b) De la misma falsedad documental, pero respecto de Cristina Virginia Muñoz Morales y de los demás particulares que resultaren responsables, se compulsarán las copias referidas en precedencia pero con destino a la Unidad de Fiscalía correspondiente, y

c) Del posible fraude procesal para la misma Unidad de Fiscalía se compulsarán, además de las anteriores, las de los folios 217, 218, 219 y 220 y las de la exposición obrante a folios 165 y ss. y 189 y ss.

Respecto de las copias del posible delito de falso testimonio mencionadas por el señor Delegado, no se accederá a ello, pues aun cuando los testimonios no merecieron credibilidad en su totalidad, sí sirvieron de prueba en algunos apartes y, además, la forma dubitativa como se refirieron a las fechas de salida del antiguo y el deseo de corregir la información incorrecta que inicialmente dieron, ponen de manifiesto que la tipificación del falso testimonio no es suficientemente clara como para ordenar dichas copias.

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

RESUELVE:

1. *No disponer* la revisión de la causa en la cual el entonces Juzgado 16 Superior y el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá condenaron a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de prisión, por el delito de homicidio al señor Jorge Francisco Muñoz Morales.

En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen y déjense las constancias correspondientes a este trámite en el archivo de la Corporación.

2. *Compúlsense* las fotocopias referidas en la parte motiva y envíense a las autoridades allí mencionadas, para lo de su cargo.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

TERMINO / DEMANDA DE CASACION

La ley otorga a las partes términos perentorios para hacer efectivos los derechos que les confiere, so pena de restringirles su ejercicio. / El Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el trámite de la vía extraordinaria de impugnación, sanciona con la deserción del recurso de casación dos situaciones; la primera, cuando ninguno de los recurrentes sustenta el recurso con la introducción del respectivo libelo; la segunda, cuando la demanda presentada no cumple con las formalidades de ley. / La única sustentación válida es aquella que se ha cumplido en forma oportuna.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8774.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 98.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Vistos

Revisando el trámite al cual se sometió el recurso de casación interpuesto por Yolanda León Manosalva, condenada como autora de un delito de homicidio cometido contra su hija Sandra Milena Vergel León, procede la Sala de Casación Penal a decidir lo que en derecho corresponde.

Antecedentes

Mediante decisión fechada el 19 de febrero de 1993, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ocaña condenó a Yolanda León Manosalva, como autora del homicidio de su hija Sandra Milena, a la pena principal de ocho (8) años de prisión; a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y pérdida de la patria potestad; y al pago de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción.

Por vía de apelación, interpuesta por el defensor de la procesada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en pronunciamiento del 2 de abril del año en curso, confirmó la sentencia condenatoria impugnada.

Al surtirse la notificación de la sentencia de segunda instancia a la procesada, al pie de su firma, dejó la constancia "apelo". En consecuencia, el Tribunal de Cúcuta le concedió el recurso extraordinario de casación, mediante auto fechado el 31 de mayo pasado y notificado a la implicada el 8 de junio, y por estado el 16 de ese mes.

En las anteriores condiciones, los términos de notificación del auto que concedió el recurso se cumplieron los días 17, 18 y 22 de junio; por lo tanto, el lapso para presentar la demanda se inició el 23 de junio de 1993 y los 30 días se vencieron el cinco (5) de agosto.

La demanda correspondiente al recurso extraordinario, elaborada por el doctor Carmelo Tadeo Mendoza Linzano, abogado que venía atendiendo los intereses de la procesada, tiene constancia de presentación personal efectuada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ocaña el 5 de agosto de 1993, pero el libelo llegó a la Secretaría del Tribunal al día siguiente, 6 de agosto.

No obstante lo anterior, la Secretaría del Tribunal informó que la demanda se había presentado dentro del término, y, en consecuencia, el Magistrado sustanciador ordenó remitir el proceso a la Corte Suprema de Justicia.

Consideraciones

La ley otorga a las partes términos perentorios para hacer efectivos los derechos que les confiere, so pena de restringirles su ejercicio.

El Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el trámite de la vía extraordinaria de impugnación, sanciona con la deserción del recurso de casación dos situaciones: la primera, cuando ninguno de los recurrentes sustenta el recurso con la introducción del respectivo libelo; la segunda, cuando la demanda presentada no cumple las formalidades de ley.

En este proceso, el defensor si bien remitió la demanda de casación al Tribunal, antes del vencimiento del término para presentarla, ella llegó a la secretaría de la Corporación en forma extemporánea, lo que al tenor de lo previsto en el inciso segundo del artículo 224 del C. de P. P. viene a significar que el recurso no fue sustentado, puesto que la única sustentación válida es aquella que se ha cumplido en forma oportuna.

En las anteriores condiciones, es evidente que ha surgido uno de los eventos que conducen a declarar desierto el recurso extraordinario, como en efecto lo dispondrá la Sala.

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

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por la procesada Yolanda León Maldonado, por haberse presentado extemporáneamente la correspondiente demanda.

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.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

JUEZ / TERMINO

Es el principio elecrental y básico que en el proceso las decisiones las adopta el Juez (unitario o colegiado según el caso), y por consiguiente mientras éste no haya decretado la suspensión de un término, las partes deben cumplir los actos que les corresponden dentro del lapso que la ley les ha señalado. Así lo prevén los artículos 170 y concordantes del C. de P. P. que regulan la materia. Dentro de las causales se cuenta el 231, norma especial del recurso de casación, que ni siquiera para el trámite de las solicitudes de libertad autorize la interrupción de los términos en el diligenciamiento de este recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8773. Casación.

Magistrado Ponente: *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado por Acta número 098.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Vistos

En este proceso, fallado en segunda instancia el 15 de marzo del año que avanza por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la sentencia condenatoria fue impugnada en casación oportunamente por la defensa, y habiendo sido concedido el recurso mediante auto en que así mismo se dispusieron los traslados de ley, el correspondiente a la parte recurrente comenzó a transcurrir, según la constancia secretarial respectiva (fls. 131 y 133 cdno. No. 1 Tr.), el 1º de junio de 1993 (vencía el 15 de julio subsiguiente).

Cuando transcurría el antepenúltimo día para el vencimiento del término, es decir el 13 de julio, el defensor solicitó una prórroga de diez días para demandar, y la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de origen, sin que mediara pronunciamiento judicial al respecto, suspendió desde esa fecha el nombrado término y sólo lo reanudó el 3 de agosto siguiente -después de haber denegado el Tribunal la prórroga impetrada (fls. 136-141, 148, cdno. No. 1 Tr.)-, aunque ya para esta fecha la demanda había sido presentada 23 de julio- (fl. 17 cdno. No. 2 Tr.); es decir, fuera de tiempo.

Pues bien: frente a situaciones en que la iniciación del término para presentar la demanda de casación sufre demoras debido a determinaciones inconsultas y arbitrarias de las secretarías de los Tribunales, la Corte ha venido aceptando como oportunas las demandas en cuanto halla que el yerro de contabilización no se origina en parte interesada, sino en la inobservancia, por las Secretarías, de las disposiciones procesales reguladoras de los términos, sin perjuicio del impulso que a la acción disciplinaria respecto del empleado causante haya de darse, pues considera en estos casos que el demandante no debe soportar la carga procesal de una declaratoria de extemporaneidad. Empero, solución distinta ameritan eventos como el que descubren las actuaciones cumplidas en el caso en estudio; en efecto:

Estando avanzando el término para la presentación de la demanda -había comenzado el 1º de junio- y cuando apenas faltaban dos días para cumplirse -13 de julio, el señor defensor solicitó una prórroga de diez días, y la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por decisión inconsulta y obviamente de facto -que el profesional acogió pese a no mediar autorización judicial- suspendió el término que transcurría, ingresó la petición a Despacho y sólo lo reanudó cuando el Tribunal resolvió -auto 16 de julio notificado por estado el 28 (fl 141 v.)- denegando además la pretensión-, fecha esta última para la cual ya la demanda había sido introducida -23 de julio- resultando así extemporánea, porque el término, como se dijo, venció legalmente el 15 de julio.

Es principio elemental y básico que en el proceso las decisiones las adopta el juez (unitario o colegiado según el caso), y por consiguiente mientras éste no haya decretado la suspensión de un término, las partes deben cumplir los actos que les corresponden dentro del lapso que la ley les ha señalado. Así lo prevén los artículos 170 y concordantes del C. de P. P. que regulan la materia, dentro de los cuales se cuenta el 231, norma especial del recurso de casación, que ni siquiera para el trámite de las solicitudes de libertad autoriza la interrupción de los términos en el diligenciamiento de este recurso, y tal fue la actuación que la Secretaría cumplió y el señor defensor obedeció, ambos sin decisión judicial previa.

El señor defensor, aduciendo falta de tiempo para estudiar el proceso y estrés generado por "la angustiosa situación del próximo vencimiento de un término de tanta trascendencia" según afirma en su escrito (fl. 135), esperó hasta cuando apenas faltaban dos (2) días para su vencimiento para solicitar su prórroga y una semana después de tal vencimiento presentó la demanda sin haberse enterado aún del resultado de su petición, lo que pone de relieve el deseo de interrumpir *de facto* un término que por disposición legal no podía de tal manera ser discontinuado.

Alegó, pues, fuera del término y ello acarrea la deserción del recurso, pues la irregular situación no puede atribuirse exclusivamente al señor Secretario que se apresuró a interrumpir el término que avanzaba; él como profesional del derecho tenía la obligación de conocer de normatividad correspondiente y atenerse a ella. Si esa interrupción no tenía origen judicial, como en efecto no lo tuvo, mal podía el señor defensor acogerla como fundamento de su demora para demandar, con lo que asumió la carga procesal de la extemporaneidad y su consecuencia propia del recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. *Declarar desierto* el recurso de casación presentado a nombre del procesado Alfonso Olave Berchall contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que lo condena por el delito de Homicidio de Fernando Guerrero Espinosa.

2. Por la Secretaría de la Sala y con destino a la Procuraduría Regional en Cartagena, expídanse copias de este proveído, de los folios 131, 133, 134, 136, 138-141 y 148 del cuaderno número 1 del Tribunal; de la constancia secretarial del folio 17 del cuaderno 2 del Tribunal y de la constancia secretarial del folio 6 del cuaderno de la Corte, para que si lo estima procedente investigue disciplinariamente la conducta del Secretario de la Sala Penal del nombrado Tribunal Superior, señor Rafael Rodríguez Rodríguez, por los hechos referidos 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.

Carlos A. Gaitán Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL / COMPETENCIA

La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que quien haya proferido la sentencia decida si concede o no el recurso extraordinario se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los solos requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto. / Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que produjo el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplen, la decisión sobre admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa previsión del inciso tercero del citado artículo 218, siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8818.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 098.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Vistos

Procede la Corte a surtir dentro de su competencia los remedios procesales que impone el equivocado trámite cumplido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Cali al recurso de casación que por vía discrecional interpusieron el acusado Javier Angulo Lucio o Javier Lucio Angulo y su defensor en el caso que se analiza.

La Impugnación

En el memorial contentivo del poder que para este específico fin otorgó el procesado claramente advierte que interpone el recurso extraordinario de "casación excepcional", e idéntica manifestación hizo el abogado en memorial posterior. Sin embargo, el Juzgado del Circuito que debió remitir expediente a esta Colegiatura una vez vencido el término de ejecutoria de su sentencia resolvió al margen del inciso 3 del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal asumir la facultad discrecional reservada a la Corte, y concedien-

do el "recurso de casación oportunamente interpuesto" ordenó surtir los traslados al impugnante y a los sujetos procesales no recurrentes.

Atenido a la decisión del Juzgado, el defensor del procesado presentó el escrito de demanda, que una vez adosado al expediente se recibe para su estudio en esta sede.

Consideraciones de la Sala

Refiriéndose al órgano competente para pronunciarse sobre la concesión del recurso extraordinario de casación, tuvo oportunidad de concretar la Corte lo que a renglones seguidos se transcribe:

"La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que quien haya proferido la sentencia decida si concede o no el recurso extraordinario de casación se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los solos requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto.

"Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que profirió el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplen, la decisión sobre admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa previsión del inciso tercero del citado artículo 218, siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca..." (auto de la Sala de Casación Penal de mayo 20 de 1993, ponencia del Magistrado que ahora funge en idéntica condición).

Esta diferenciación, que estrictamente emana del invocado artículo 218 del Código de Procedimiento Penal traslada incontestable para el caso que se examina la incompetencia del Juzgado del Circuito al proferir el auto de julio 6 de 1993 cuyo contenido se halla legal y expresamente reservado a la Sala de Casación Penal, situación de la cual emerge con la misma evidencia la causal de nulidad prevista en el artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal, que afectando tanto el pronunciamiento criticado como la actuación que le subsigue, habrá de permitir tras su declaratoria la reposición legítima del rito con sujeción a las disposiciones invocadas como aplicables.

La invalidación anunciada se impone oficiosamente, lo mismo que la orden de reingreso oportuno de las diligencias a Despacho, con miras a la evaluación correcta del recurso extraordinario interpuesto.

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

RESUELVE:

1. *Decretar* la nulidad de lo actuado por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Cali, a partir inclusive del auto mediante el cual se admitió el recurso de casación y se dispusieron los traslados consecutivos dentro del presente asunto.

2. *Ordenar* que por la Secretaría de la Sala y una vez ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al Despacho para los fines indicados 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.

Carlos A. Cardillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL

La condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o el juzgador de segunda instancia al revisarla por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto. / Y en cuanto al subrogado de la condena de ejecución condicional, corresponde al juez de ejecución de penas, una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, cuando el procesado acredite reunir los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8732.

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 098.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993

Vistos

El apoderado del procesado Rodrigo Aguilar Valle solicita en favor de su representado se decrete "La libertad condicional conforme al subrogado penal de la condena de ejecución condicional", al considerar que constituye un hecho notorio la procedibilidad de su pretensión, pues esta Corporación benefició al doctor Ricaurte Lozada, por haber reintegrado lo apropiado cuando ya la investigación se hallaba en curso. Con mayor razón Aguilar Valle y su compañero de causa, Frank Mozo, serían acreedores a su excarcelación por cuanto el reintegro en este caso operó antes de la apertura de la investigación.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 33 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 26 de noviembre de 1992 (fls. 147 y ss. del cuaderno original número 7), condenó a Rodrigo Aguilar Valle a la pena privativa de la libertad de 38 meses de prisión, como coautor responsable de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión, en concurso. Para tasar dicha sanción precisó que "por la gravedad y modalidades del

hecho, a tal punto que el prevaricato omisivo en alguna medida se vincula con la otra conducta precisamente para dar lugar a ella, no se partirá del mínimo, sino de 52 meses, disminuidos en 20 meses, por la causal preceptuada en el artículo 139 *ibidem* y aumentados en 6 meses por concurrir con el prevaricato, para un total de pena privativa de la libertad de 38 meses" (negrillas fuera del texto).

El mencionado fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 24 de febrero del corriente año, la que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

Dada la pena impuesta a Aguilar Valle y a su compañero de causa, Frank Mozo, declarado igualmente responsable como autor de las infracciones ya mencionadas, se les excluyó del subrogado de la condena de ejecución condicional prevista en el artículo 68 del Código Penal, siendo por ello distinto su caso del mencionado por su apoderado, pues al concursar otro delito, la excarcelación pretendida resulta inconducente.

La atenuación punitiva prevista en el artículo 139 del Código Penal les fue reconocida a los dos acusados, al punto que obtuvieron en el fallo de primera instancia una rebaja de 20 meses por este aspecto, decisión que fuera ratificada por el Tribunal en la sentencia de segundo grado.

No puede entonces la Corte entrar a considerar ninguno de los subrogados penales que reclama el libelista, en primer término porque la condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o por el juzgador de segunda instancia al revisarla por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o por la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto.

Y en cuanto al subrogado de la libertad condicional, corresponde al juez de ejecución de penas, una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, cuando el procesado acredite reunir los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal. En el curso del proceso será procedente la excarcelación por vía de la libertad provisional, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, circunstancia que tampoco se da en el presente caso, pues Aguilar Valle no se ha presentado a la justicia para cumplir la sanción impuesta; es decir, en modo alguno puede acreditar el requisito cuantitativo de la pena que exige la citada disposición para poder entrar en el análisis de los del orden subjetivo que finalmente permiten al juzgador suponer su readaptación social.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Declare improcedente* la petición del apoderado del procesado Rodrigo Aguilar Valle.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO / APELACION / REPOSICION / AMNISTIA / INDULTO

Por mandato expreso de consolidación de los actuales procesos de paz (Decreto 213 de 1991) en contra del auto que decida sobre la cesación de procedimiento o la inhibición, únicamente procede el recurso de apelación y no el de reposición. / Dígase en primer término que en estos dos recursos ordinarios (reposición y apelación) son dos tipos de impugnación no sólo autónomos sino también muy diferentes, como que el primero busca que quien dictó el proveído que motiva la inconformidad del impugnante lo revoque o modifique (confundiéndose así las calidades del *juez qua* y *juez ad quem*), mientras que por medio del segundo, aunque se persigue lo mismo, ello se depreca ante un juez distinto y de mayor jerarquía. / Dice el Tribunal, como argumento para sostener que esos homicidios se cometieron fuera de combate, que el guerrillero que los ejecutó iba vestido de civil y no "abiertamente" armado, queriendo decir con esto último que sólo sacó el arma cuando se decidió a disparar. Esta Sala considera al respecto que las circunstancias referidas son justamente propias de la guerra de guerrillas que sirve de contexto al presente caso. Que ya no se uniformen los guerrilleros es apenas obvio y se acostumbra a hacer como medida de cuidado y protección; se debe estar muy bien mimetizado para conseguir no ser descubierto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8691. Amnistía

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 98.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Mediante providencia fechada el 30 de junio del año en curso y en relación con un delito de homicidio, el Tribunal Regional negó la extinción de la acción penal y la consecuente cesación de procedimiento consagradas en el Decreto 0213 de 1991, dentro de este proceso que se sigue contra Jesús María Zapata, Milton Patiño Ocampo, Víctor Raúl Ramírez Gil, Luis Alberto Castaño Martínez, Nelson de Jesús Alzate Sánchez y Hernán de Jesús Pulgarín Arcila, por los delitos de rebelión, homicidio, secuestro y hurto.

Contra el referido auto el defensor de los procesados interpuso los recursos de reposición y apelación, el primero como principal y el otro como subsidiario (fls. 80 y ss. cdno. No. 4).

El Tribunal Regional, mediante auto del 3 de agosto del año en curso (fls. 43 y ss. cdno. No. 4), consideró que la reposición no era procedente en virtud de que el Decreto 0213 de 1991, que regula íntegramente esta materia, sólo consagró el recurso de apelación para el "auto que decida la cesación de procedimiento o la inhibición" (artículo 14). En consecuencia con esta premisa, negó la reposición y concedió la apelación subsidiariamente interpuesta. Agregó el Tribunal en este mismo proveído que este concepto suyo había sido "compartido" por esta Sala en providencia del 17 de "junio último".

Consideraciones de la Corte

Dos son los aspectos que analizará la Sala para la solución de este asunto. Primero, el atinente a la procedencia o improcedencia del recurso de reposición contra el auto que decide sobre la cesación de procedimiento, y luego, la posibilidad jurídica de interponer la apelación conjuntamente con el recurso de reposición, pero de manera subsidiaria.

1. Dígase, en primer término, que todo lo relacionado con la extinción de la acción penal que ocupa la atención de la Sala lo regula el Decreto 213 de 1991, que trata de la "consolidación de los actuales procesos de paz".

El artículo 14 del citado estatuto reza así:

"El auto que decida la cesación de procedimiento o la inhibición será apelable ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal. En dichos eventos el auto inhibitorio ejecutoriado hará tránsito a cosa juzgada".

Si se repasan las demás normas del decreto referido, se advierte que en ninguna de ellas se hace la más mínima alusión a otros recursos, de donde es correcto deducir, como lo hizo el Tribunal Regional, que por mandato expreso del estatuto en comento, en contra del auto que decida sobre la cesación de procedimiento o la inhibición, únicamente procede el recurso de apelación.

No podría pensarse que como el Código de Procedimiento Penal estableció el recurso de reposición "contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia" (art. 199), y la impugnada aquí tiene este último carácter, la reposición entonces sería procedente, porque esta disposición del Código únicamente es aplicable a las materias que el mismo estatuto regula, y no a otras que como la cesación de procedimiento para la consolidación de los procesos de paz le son extrañas, y que además aparece íntegramente reglamentada por el decreto que la estableció, el cual, como ya se anotó, únicamente previó el recurso de apelación.

Y es tan cierto lo anterior, que el mismo Decreto 213 en su artículo 16 hace referencia a los recursos que él establece y no a los que puedan encontrarse en otras normas: "para solicitar los beneficios -dice la norma citada-, *interponer los recursos* y adelantar las demás diligencias y actos procesales *a que se refiere este decreto* ...".

Así las cosas, forzoso es concluir como lo hizo el Tribunal Regional y ya antes lo había hecho esta Sala (auto de 17 de junio de 1992; M. P.: Doctor Torres Fresneda), que contra la providencia que decide esta clase de casación de procedimiento únicamente procede el recurso de apelación, pero no el de reposición.

2. El otro punto por resolver es el atinente a la posibilidad de interponer el recurso de apelación, como subsidiario del de reposición.

Dígase en primer término que estos dos recursos ordinarios (reposición y apelación) son dos tipos de impugnación no sólo autónomos sino también muy diferentes, como que el primero busca que quien dictó el proveído que motiva la inconformidad del impugnante lo revoque o modifique (confundiéndose así las calidades de juez a quo y juez ad quem), mientras que por intermedio del segundo, aunque se persigue lo mismo, ello se depreca ante un juez distinto y de mayor jerarquía.

Pero estos dos recursos bien sabido es que no proceden indistintamente contra todas las providencias que se profieren a lo largo de un proceso. El legislador ha previsto que son susceptibles del recurso de reposición, "Salvo las excepciones legales... las providencias de sustanciación que deban notificarse y ...las interlocutorias de primera o única instancia" (art. 199 del C. de P. P.), al paso que de las sentencias únicamente es posible apelar (descontando, claro está, los recursos extraordinarios), toda vez que ellas no son reformables ni revocables "por el mismo juez o sala de decisión que la hubiera dictado" (art. 211). Contra los autos interlocutorios de primera instancia, como norma general, caben tanto el recurso de reposición como el de apelación (art. 202 *ibidem*).

Cuando contra una determinación judicial solamente procede el recurso de reposición (autos de sustanciación que deben notificarse) o exclusivamente el de apelación (sentencias de primera instancia) el problema que motiva la atención de la Sala no se presenta, porque el sujeto procesal inconforme con ella sólo tiene la opción de interponer uno u otro recurso, pero jamás los dos.

La dificultad surge cuando contra una determinación judicial caben estos dos recursos ordinarios, hipótesis que únicamente se presenta en relación con los autos interlocutorios de primera instancia.

¿Se podrán interponer estos dos recursos simultáneamente? La respuesta a este interrogante tiene que ser negativa, toda vez que si se pide la reposición, imposible resulta que al mismo tiempo se interponga el recurso de apelación, por la perogrullesca razón de que no es posible recurrir de una determinación que todavía no se ha dictado y cuyo contenido, obviamente, se desconoce. Y si el sujeto procesal interesado en la impugnación espera el resultado de la reposición para decidir si apela o no de la decisión, esto le resultará imposible porque cuando se resuelva la reposición, el término para apelar habrá fenecido.

La interposición simultánea de ambos recursos sólo era posible porque la autorizaba el Código de Procedimiento Penal anterior al actual, siempre y cuando la apelación se interpusiera como subsidiaria del recurso de reposición. Así rezaba la disposición aludida: "El recurso de apelación puede interponerse como principal, o como subsidiario del de reposición" artículo 204 del Decreto 0050 de 1987).

Mas ante el hecho cierto de que el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) no reprodujo la norma que acaba de transcribirse, es necesario inferir que fue su voluntad el terminar con esta autorización que de algún modo afectaba la autonomía de estos recursos.

Y no podría pensarse que fue un olvido del legislador, porque si así hubiese sido, con seguridad que entonces habría reproducido, inadvertidamente también, el inciso segundo del artículo 207 de aquel estatuto, que disponía: "...Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, la apelación no se entenderá sustentada con los argumentos que sirvieron de fundamento al recurso de reposición (...)".

La realidad es muy diciente: si el legislador no quiso reproducir la autorización prevista en el artículo 204 del anterior estatuto procesal y si tampoco quiso reiterar el contenido del inciso segundo del artículo 207 de aquel código, en virtud del cual "la apelación se entenderá sustentada con los argumentos que sirvieron de fundamento al recurso de reposición", es obvio que su voluntad fue la de terminar con esta posibilidad procesal, lo cual impide que se acuda, so pretexto de integración, al Código de Procedimiento Civil. Es cierto que esta codificación autoriza la interposición subsidiaria del recurso de apelación (artículo 352,inciso 2), pero también lo es que sólo puede acudirse a dicha normatividad en las "materias que no se hallen expresamente regladas en este Código" (art. 21 del C. de P. P.).

Para la Sala, por tanto, es claro que frente al Código de Procedimiento Penal actualmente en vigencia no es posible interponer simultáneamente los recursos de reposición y apelación en contra de una misma providencia, porque estos recursos son autónomos y salvo autorización legal que ya no existe, porque fue voluntad manifiesta del legislador suprimirlas, no es posible hacerlo coetáneamente, condicionando la viabilidad de uno (apelación) a la no prosperidad del otro (reposición). Entender lo contrario conduciría a sostener que también se puede interponer el recurso de casación como subsidiario del de apelación de una sentencia de primera instancia, y hasta allá no parece posible llegar.

Frente a la hipótesis que se comenta, esto es, cuando un sujeto legitimado para recurrir interponga coetáneamente los recursos de reposición y apelación, el juez debe proceder a resolver la reposición, y si lo hace en forma desfavorable para los intereses del impugnante, deberá también negar la apelación, así hubiese sido interpuesta de manera subsidiaria.

Distinta es la solución cuando, como en el caso *sub judice*, la providencia impugnada es susceptible únicamente del recurso de apelación, y por ello no puede pedirse al funcionario que la dictó su revocación o reforma. En este evento es obvio para la Sala que por razones legales y de justicia una determinación judicial de por sí apelable, y oportunamente protestada por quien tenía derecho a ello, no puede quedarse sin recurso alguno sólo por un error del impugnante. Obsérvese que en este evento, por sustracción de materia, no se da la simultaneidad real de recursos que faculta para resolver uno y negar el otro. Al respecto es pertinente recordar que de conformidad con la Constitución Nacional "toda sentencia judicial podrá ser apelada", principio éste que reproduce y amplía el Código de Procedimiento Penal actualmente en vigencia al disponer

que "toda providencia interlocutoria podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas" (art. 16).

La interpretación que acaba de hacerse de ninguna manera puede ser considerada como violatoria de garantías o derechos procesales, pues ellos en forma alguna se conculcan. El sujeto procesal legitimado para impugnar la decisión siempre podrá hacerlo, pero fatalmente tiene que escoger uno de los recursos. Si estima que el error del funcionario es tan claro que con sólo demostrárselo el mismo procederá a corregirlo, pues acudirá a la reposición. Mas si considera que la resolución en cierta manera depende del criterio del juzgador, de por sí difícil de modificar, posiblemente acudirá, entonces, a la apelación. Como se ve, pues, el principio de la doble instancia (art. 16 del C. de P. P.) se mantiene incólume, sólo que el agraviado tendrá que decidir si apela para que sea un funcionario distinto el que revise la determinación, o si prefiere más bien replantear el asunto ante el mismo funcionario que lo resolvió desfavorablemente para él. Siempre tendrá, pues, esta doble opción, que de ninguna manera se le quita, pero deberá seleccionar su recurso, ante la imposibilidad, claramente expresada por el legislador, de hacer uso de los dos simultáneamente.

3. Consecuente con lo anterior, la Sala abordará el estudio de la providencia apelada.

Antecedentes

1. Aproximadamente a las 9:30 de la mañana de 4 de junio de 1988, más o menos 70 guerrilleros del Ejército Popular de Liberación, EPL, unos con uniformes similares a los de la Policía y otros de civil, "se tomaron" el municipio antioqueño de Valparaíso y dieron muerte a los policiales Edilberto Bolívar Ahumada y Obaldo de Jesús Mesa Bolívar, quienes se hallaban en la puerta del Banco Cafetero, a cuyas instalaciones entraron los asaltantes para hurtar dinero. Los guerrilleros también se llevaron algunas armas y en su huida secuestraron al médico Jose Mario Vargas Tamayo, Director del hospital de la mencionada población, hechos por los cuales el Juzgado Promiscuo Municipal de Valparaíso abrió la correspondiente investigación (fls. 2-1).

2. El defensor de los procesados, cumplidos los requisitos previstos en el mencionado Decreto sobre la documentación que debe allegarse previamente (fls. 21 y ss. 4), pidió que se aplicara la referida amnistía prevista en el Decreto 213 de 1991 para todos ellos, salvo para Jesús María Zapata Oyola, quien solamente le otorgó poder después de haber el Tribunal proferido la providencia impugnada.

3. El Tribunal Nacional, en la anotada providencia de 30 de junio, concedió la extinción penal por los delitos de rebelión, secuestro y hurto, pero la negó en relación con el homicidio (Fls. 47 y ss.-4).

Estimó el Tribunal, al efecto, que se está en presencia del delito de rebelión, delito político con el cual son conexos los restantes ilícitos ya nombrados, "si se tiene en cuenta que sus finalidades fueron igualmente políticas, esto es, la de obtener armas y medios de financiación para su grupo rebelde, respecto del injusto contra el patrimonio económico, y el de procurar la salud de sus integrantes heridos mediante la retención del médico, doctor Vargas Tamayo, en lo atinente al ilícito lesivo de la libertad individual" (fl. 55) y agregó:

"Mas no puede admitirse que el doble homicidio de que tratan los autos esté también inmerso en el delito político aludido, pues si se analizan con detenimiento las circunstancias que rodearon el hecho, se advierte sin dificultad alguna que la muerte del suboficial Bolívar Ahumada y del agente Mesa se produjeron no sólo *fuera de combate*, sino, además, *colocándolos en estado de indefensión* según se verá más adelante" (fl. cit. destacado del original).

Luego se refiere a la normatividad del Derecho Internacional en cuanto a los combates, señalando el Tribunal que entre las pautas para que los combatientes sean tenidos como "beligerantes" está "el empleo permanente y visible de las insignias del ejército correspondiente; el porte abierto de las armas, y el respeto de los usos y las reglas de la guerra" (fl. 56).

En seguida indica que si bien es cierto que "la subversión armada ha terminado por imponer sistemas de lucha diferentes de los de antaño" (fl. 57), como la emboscada, las trampas, "el golpe de mano", etc., y que el mismo ejército contempla esos medios de lucha "en los reglamentos operacionales de contraguerrilla", hay reglas -acota más adelante- que prohíben o limitan determinadas prácticas dentro del combate, establecidas precisamente para humanizar los conflictos armados y diferenciar la guerra de la paz así como a los contendientes de los civiles y no partícipes en el enfrentamiento armado, entre las cuales sobresalen las dos anteriormente enunciadas, esto es, que los combatientes utilicen insignias que los distingan de quienes no lo son, y que lleven sus armas siempre abiertamente" (fl. 58).

A continuación precisa el Tribunal: "En este caso, los homicidios de que fueron víctimas los dos policiales prenombrados no se ciñen a las reglas anteriormente enunciadas, pues, a tenor del testimonio rendido por el señor Jairo López Rangel, quien presenció de cerca el insuceso y cuyo relato es digno de credibilidad, está claro que el subversivo homicida se le acercó vestido de civil, sin portar armas abiertamente y, tomándolo a él de escudo, disparó repetidamente contra los dos uniformados, en circunstancias que les hacía nugatoria a éstos cualquier posibilidad de respuesta armada, aun cuando, como policías, tuviesen entrenamiento o instrucciones para repeler ataques sorpresivos, máxime si se tiene en cuenta que en esos momentos no se encontraba en misión de combate o cosa parecida. A esto añade que las dos víctimas fueron colocadas en condiciones de indefensión, como quiera que así hubiesen advertido a tiempo la presencia del guerrillero vestido de civil, cuando éste desenfundó sus armas, no podían dispararle sin riesgo de herir al ciudadano tomado como escudo para perpetrar sobreseguro la agresión (fl. 60).

Con respecto al procesado Jesús María Zapata Oyola (alias Chucho), el Tribunal se abstuvo de examinar la petición de amnistía, debido a que no hizo la "demostración inequívoca sobre la voluntad de reincorporarse a la vida civil mediante su desmovilización del grupo rebelde y la dejación de las armas en los términos a que se contrae el mismo Decreto" (fl. 48).

4. Uno de los magistrados de la Sala de Decisión respectiva aclaró voto (fls. 65 y ss.-4), por considerar, en primer término, que los homicidios sí se cometieron en combate. "Obviamente este concepto de combate no puede ceñirse a la definición tradicional del mismo -dice-, como enfrentamiento de dos ejércitos que miden su fuerza en el campo de

batalla. Jurisprudencialmente ha sido aceptado aquél, desde que operan las guerrillas con métodos sustancialmente distintos, como cualquier tipo de enfrentamiento entre ellas y las fuerzas regulares; de no ser así, difícilmente se hallaría un ejemplo de combate sostenido por las guerrillas porque precisamente su forma de operar es casi siempre la emboscada, el golpe de mano, el asalto" (fl. 167)

Se refiere al secuestro del político Alvaro Gómez Hurtado y a los conocidos hechos del Palacio de Justicia, en los cuales se otorgaron amnistías, y agrega: "Si un grupo de aproximadamente sesenta hombres se presenta a una población, armado, uniformado, aunque otros no, y ataca indistintamente varios frentes en forma simultánea, siendo uno de sus objetivos la policía, resulta erróneo sostener que los homicidios de algunos de sus miembros sucedieron fuera de combate" (fl. 71).

Finaliza diciendo que restringir el significado de combate a "formas de lucha que ya han perdido vigencia es quitarle toda significación al artículo 127 del Código Penal y por ende a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 213 de 1991" (qué se entiende por delito político).

5. Al sustentar la apelación interpuesta subsidiariamente contra ese proveído (fls. 80 y ss.-4), el defensor de los procesados dice que de todos modos los homicidios se cometieron a fin de garantizar los objetivos de la toma (fl. 82), agregando que en forma alguna se ha violado el derecho internacional humanitario por el solo hecho de que el guerrillero que mató a los policiales no estaba uniformado ("ni portaba insignias") ni previamente a los disparos homicidas exhibió el arma.

"El Tribunal Nacional -dice el apelante- pretende que con los dos homicidios cometidos en miembros de la Policía Nacional durante la toma de Valparaíso se ha violado el Derecho Internacional Humanitario, y, de paso, se ha puesto en estado de indefensión a las víctimas. De un plumazo pretende matar dos pájaros de un solo tiro, desconociendo además las reglas de la guerra irregular practicada no sólo por las guerrillas, sino por las propias fuerzas armadas del Estado, que arma escuadras o grupos de sus integrantes, los viste de civil y los manda a realizar operaciones de contraguerrilla, buscando con ello confundir más a la población civil, entre la cual pretende identificar quiénes apoyan a la rebelión, más que a los propios alzados en armas" (sic) (f. 84).

Se refiere luego al factor "sorpresa" como inherente a la guerra de guerrilla, como también en buena medida a la vestimenta de civil de algunos de los participantes de esta "guerra irregular", y señala: "Como quiera que ninguno de los sujetos intervinientes en los hechos era ajeno al conflicto armado que de años atrás vive el país, no se puede alegar niveles de indefensión, más cuando las dos partes portaban armas y el agresor fue uno contra dos. En el estado de alerta permanente en que viven las Fuerzas Armadas de la República, de ningún policía armado, uniformado y en servicio en una zona de actividad guerrillera, puede predicarse que 'en esos momentos no se hallaba en combate o cosa parecida', como lo afirma el Tribunal Nacional, por el hecho de ser un ataque sorpresivo" (fl. 85).

Reflexiona sobre lo que debe entenderse por "indefensión" y alude a una declaración (14 de diciembre de 1982) del propio comandante del Ejército en la cual dice que las tropas no se encuentran ni en situación de inferioridad ni indefensión cuando son derrotadas, sino que en estas ocasiones de derrota todo obedece -en palabras de dicho

comandante- a "una clara evidencia del exceso de confianza, subestimación de las capacidades enemigas, no evaluación de las informaciones y falta de control de los comandos, que llevan sus hombres al fracaso... pero *no constituye ciertamente un estado de indefensión o inferioridad*, que militarmente son ventajas o desventajas que siempre existirán en los encuentros de guerra, en una u otra forma. Ello es lo que en grado mayor o menor determina el vencedor de un combate" (fl. 89, destacado del texto original).

Dice además que de conformidad con el citado Decreto 213, para que la aludida indefensión impida la cesación de procedimiento, es preciso que en tal estado se coloque a la víctima, no siendo entonces suficiente que sólo se haya aprovechado esta circunstancia. "Un policía en estas circunstancias (de servicio, armado, precavido y diligente) y en desarrollo normal de una guerra, constituye un objetivo militar legítimo, por lo cual mal puede predicarse la indefensión" (fl. 89).

Con el allegamiento del poder respectivo (donde menciona además que es su propósito desmovilizarse), pide que la extinción de la acción penal se extienda al ex combatiente Jesús María Zapara Oyola (fls. 79 y 89).

Se Considera

1. Dice el artículo 1º del varias veces mencionado Decreto 213 de 1991:

"Conságrase la extinción de la acción penal y de la pena en favor de los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia del presente Decreto, siempre que se cumplan las condiciones, exigencias y requisitos establecidos en el mismo".

A su turno, el artículo 2º *ibidem* establece:

"Entiéndese por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, asonada y sedición y los delitos conexos con los anteriores.

"Lo dispuesto en este Decreto no se aplicará con relación a los genocidios, a los homicidios cometidos fuera de combate con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie".

2. Aquí no se ha discutido -porque está claro- que la referida "toma guerrillera" se produjo en desarrollo de un delito de rebelión (art. 127 C. P.) y que se llevó a cabo antes de la vigencia del mencionado Decreto, ni que los otros delitos (homicidio, secuestro y hurto) son conexos con la rebelión, aparte de que se cuenta con las listas y documentación que demanda el dicho Decreto (arts. y ss.).

3. Lo primero que debe examinarse es la tesis que el Tribunal Nacional expone en el sentido de que la muerte de los policiales fue fuera de combate.

Al respecto debe decirse de entrada que el concepto de "combate" que aplicó el Tribunal Nacional para negar la amnistía consagrada en dicho Decreto 213 debe considerarse anacrónico, por aparecer anclado en criterios ya superados en la guerra de guerrillas que adelantan los grupos de insurgentes.

El Ejército Popular de Liberación, EPL, se "tomó" el municipio antioqueño de Valparaíso. En desarrollo de ese asalto es obvio que los blancos primeros y sustanciales eran los miembros de la Fuerza Pública, en este caso los policías.

Además, los dos policías que resultaron muertos estaban parados en la entrada del Banco Cafetero, el cual también fue atacado y hurtado por la guerrilla. Dentro de los objetivos de los guerrilleros al asaltar la población (tomársela, obtener provecho económico y hacerse a las armas, para todo lo cual necesitaban reducir la Fuerza Pública), las dos muertes de los uniformados no aparecen ajenas al combate, sino inherentes a éste.

Dice el Tribunal, como argumento para sostener que esos homicidios se cometieron fuera de combate, que el guerrillero que los ejecutó iba vestido de civil y no "abiertamente" armado, queriendo decir con esto último que sólo sacó el arma cuando se decidió a disparar.

Esta Sala considera al respecto que las circunstancias referidas son justamente propias de la guerra de guerrillas que sirve de contexto al presente caso. Que ya no se uniformen los guerrilleros es apenas obvio y se acostumbra hacer como medida de cuidado y protección: se debe estar muy bien mimetizado para conseguir no ser descubierto.

Es que deviene apenas obvio que si una población va a ser "tomada", antes de que ello se produzca habrá guerrilleros mezclados con los habitantes del lugar en plan de colaboración. Ahora bien, como el mismo Tribunal Nacional lo reconoce, la "sorpresa" es una de las más exitosas y corrientes herramientas usadas por los combatientes. El hecho, pues, de que el guerrillero homicida sólo haya dejado ver el arma cuando la esgrimió para disparar y matar, y que por su indumentaria no pudiera identificarse como rebelde, en nada se opone al beneficio reclamado, pues este actuar es propio de la guerra que libran las guerrillas.

4. Ahora bien: en cuanto al estado de indefensión de los dos agentes de la policía víctimas del homicidio, lo primero que resulta necesario observar es que la ley, como ya se vio al copiar el artículo, exige que las víctimas sean colocadas en dicho estado de indefensión, lo cual no ocurrió en este caso, como pasa a verse.

El testigo Jairo López Angel, gerente del mencionado Banco Cafetero, y quien estaba con las víctimas al momento de los hechos, dijo en declaración rendida el mismo día del asalto guerrillero que inmediatamente antes de que los subversivos procedieran a asaltar el banco, vio que "venía un indio, un negro, con un revólver en la mano y pasó por un lado mío y al primero que le disparó fue al sargento que estaba conmigo y el sargento se quejó y se recostó contra un palo y ahí lo acabó de rematar el mismo tipo, en seguida voltió (sic) y le disparo al agente y éste sí cayó ahí mismo. Yo del susto me caí y como mi Dios me ayudó me entré a la iglesia y ya no recuerdo más" (fls. 6-1).

Posteriormente, en declaración rendida el 20 de junio de ese año de 1988 (fls. 28 y 29-1), el nombrado testigo concretó su relato aclarando que "inmediatamente se cuadró detrás de mí (se refiere al guerrillero) y con un revólver le disparaba al uno (sic), mejor, con una mano le disparaba al uno y con la otra al otro, yo le servía de escudo, en ambas manos tenía un arma de fuego..." (fls. 28-1).

Ocurre entonces que el victimario se protegió con el cuerpo de López Rangel, medida ésta de protección propia del combate y que junto con la sorpresa seguramente facilitó los homicidios: no se puede pretender exigir a quien disparó "avisar" su propósito anticipadamente y colocarse desprotegido enfrente de los policiales, como si se tratara de un duelo.

Se ha visto claro, entonces, que en modo alguno los policiales aludidos fueron colocados en estado de indefensión, segundo argumento aducido por el Tribunal Nacional para negar el referido beneficio.

5. Así las cosas, se revocará la providencia apelada para cesar procedimiento también por los homicidios. Como el Juzgado Promiscuo Municipal de Valparaíso abrió investigación apenas acaecidos los hechos (fls. 2-1), no cabe hablar, como lo hace la providencia recurrida, de auto inhibitorio.

La cesación de procedimiento indicada cobijará a Jesús María Zapata Oyola, pues en poder que obra a folios 79-4 se expresa su propósito inequívoco de desmovilizarse, el cual no constaba en el proceso cuando se dictó el auto apelado.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* el auto apelado en cuanto negó a los procesados la extinción de la acción penal por el doble delito de homicidio, extinción que en esta instancia se concede. En consecuencia, se dispone cesar procedimiento por razón de esos delitos respecto de los procesados Milton Patiño Ocampo, Víctor Raúl Ramírez Gil, Luis Alberto Castaño Martínez, Nelson de Jesús Alzate Sánchez, Hernán de Jesús Pulgarín Arcila y Jesús María Zapata Oyola.

2. *Adicionar* dicho proveído en el sentido de que la cesación de procedimiento en él dispuesta cobija también al procesado Jesús María Zapata Oyola.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION
(Aclaración de Voto)

La ley procesal penal no prohíbe en ninguna de sus normas que el recurso de apelación pueda interponerse como subsidiario del de reposición.

Si bien compartimos la decisión de fondo adoptada en la anterior providencia, nos apartamos de ella en cuanto afirma que el recurso ordinario de apelación no se puede interponer dentro del actual sistema procesal colombiano como subsidiario del de reposición.

Las razones que nos llevan a sostener una posición contraria a la adoptada por la mayoría de la Sala en este aspecto se pueden compendiar así:

1. La Ley Procesal Penal no prohíbe en ninguna de sus normas que el recurso de apelación pueda interponerse como subsidiario del de reposición. Es sabido además que la apelación puede proponerse contra toda decisión interlocutoria proferida en primera instancia. En estas condiciones, si el legislador no excluye la interposición del recurso de apelación como subsidiario, debe entenderse que autoriza este procedimiento, porque aquello que la ley no prohíbe puede ser realizado dentro del juicio por las personas que en él intervienen, con mayor razón si se trata de garantías procesales íntimamente relacionadas con el derecho de defensa y con el principio de la doble instancia establecido este último como garantía de acierto en las decisiones judiciales, y consagrado en la Constitución Nacional y el en artículo 16 del C. de P. P., como norma rectora.

2. Pudiera también pensarse, con razón, que el punto que se examina, al no ser tratado por el legislador, constituye un vacío que debe ser llenado por el intérprete. Es evidente que el recurso de apelación no está íntegramente reglamentado en el C. de P. P. hasta el punto que para subsanar la omisión el proyecto de reforma a dicho Código que cursa actualmente en el Congreso de la República contempla al respecto el siguiente articulado:

"Artículo 200. Cuando el recurso de reposición se formule por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión, la solicitud se mantendrá en Secretaría por dos días de traslado a los sujetos procesales, de lo que se dejará constancia. Surtido el traslado se decidirá el recurso.

"Cuando se interponga como principal el recurso de reposición y subsidiario el de apelación, negada la reposición y concedida la apelación, el proceso quedará a disposición de los sujetos procesales por el término de seis días para que si lo consideran

conveniente adicionen sus argumentos presentados al momento de interponer la reposición, vencidos los cuales se enviará inmediatamente el negocio al Superior".

Se desprende lógicamente de lo anterior que si el legislador quiere complementar en este aspecto la legislación existente es porque el recurso no se halla en la actualidad totalmente reglamentado en el C. de P. P. y existe un vacío que debe ser subsanado por el intérprete acudiendo a las normas del C. de Procedimiento Civil, que expresamente consagra esta figura en su artículo 352. Lo anterior, de acuerdo con el principio de integración.

3. El recurso de apelación cumple una función esencial dentro del juicio penal, y no es por tanto un medio de gravamen insustancial e innecesario. Pero no obstante su importancia, nada impide que el sujeto procesal que no puede conocer anticipadamente la respuesta a su petición interponga subsidiariamente el recurso de apelación como garantía de que la providencia que ha despertado su inconformidad, en caso de no ser revocada, sea revisada en una segunda instancia. Proceder en forma diferente sería hacer nugatorio, inane e intrascendente el principio rector consagrado en el artículo 16 del C. de P. P. y según el cual "toda providencia interlocutoria podrá ser apelada".

4. Finalmente debe tenerse en cuenta que el término de ejecutoria de una providencia judicial pertenece a los sujetos procesales, en el sentido de que son ellos quienes pueden ejercitar el derecho de interponer el recurso, abstenerse de hacerlo, desistir de él una vez interpuesto, sustituir un recurso por otro y presentar uno como principal y otro como subsidiario, siempre que se actúe antes que la decisión cobre su ejecutoria formal.

Este modo de pensar fue plasmado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de marzo de 1982, que admitió la subsidiaridad del recurso de apelación, cuando se vio precisada a examinar este aspecto en presencia del C. de P. P. de 1971 (Decreto 409 de dicho año) que, como el Código actual, guardaba silencio al respecto. En la acertada decisión de esa época y que ahora se comenta se dijo lo siguiente:

"...Mientras no se haya integrado el trámite de notificación de una providencia, todas las personas intervinientes en el proceso, legitimadas para recurrir, pueden presentar las impugnaciones que estimen convenientes, variar su sentido y la sustentación de las mismas. No ha señalado el estatuto procedimental penal ni civil un ámbito exclusivo para cada una de ellas que aísle a las demás de esa conjunta intervención... Esta verdad procesal aparece más de bulto cuando se recuerda que un recurso no es posible desatarlo tan pronto se presente sino cuando haya concluido la notificación a todos los interesados. La espera indica entonces cuán factible es mudar, durante ese período, la naturaleza de los recursos y el contenido de las alegaciones propias a ese fin. En síntesis, tenía el derecho a sustituir el recurso de apelación interpuesto como único en un principio por uno de carácter subsidiario dependiente del de reposición..."

Consideramos en consecuencia que la jurisprudencia anterior, inspirada en los más sanos principios del derecho y la justicia, debe mantenerse y no resultan valederas ni convincentes, en nuestro concepto, las razones que ahora se aducen por la mayoría de la Sala para recogerla, desconociendo la filosofía política que orienta el derecho de impugnación y cercenando en forma grave las garantías que la Constitución y la ley otorgan a los sujetos Procesales.

Estás, entre otras, las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO / DICTAMEN

El régimen de impuesto a la renta y complementarios señala que si se incrementa el patrimonio líquido en el año o período gravable en cuantía superior a la que se pueda justificar de acuerdo con los ingresos constitutivos o no de renta, ganancias ocasionales, valorizaciones, etc., declarados, se presume que se han omitido ingresos. En este evento, el fisco puede tomar como renta gravable la diferencia entre el patrimonio líquido del año fiscal frente al patrimonio líquido del año anterior. / Para evitar este sistema, la Administración de Impuestos le da opción al contribuyente de que efectúe su conciliación patrimonial, para liquidar el impuesto por el sistema de comparación de patrimonios y no para determinar variaciones patrimoniales injustificadas o no. 2º Si bien es cierto que la esencia de la contabilidad como ciencia no son los registros contables, también es verdad que para realizar cálculos y mediciones con el objeto de desarrollar un estado financiero deben existir soportes sobre los cuales se pueda determinar los ingresos recibidos, los préstamos otorgados, las cuentas por cobrar, las cuentas por pagar y su vencimiento y no calcularlos sobre la presunción de su existencia. Por esto, el Decreto 2160 de 1986 es muy claro al precisar que la contabilidad y la información financiera se fundamentan en los bienes materiales e inmateriales que posean un valor económico y por lo tanto sean susceptibles de ser valuados en términos monetarios. Penalmente lo que interesa es que la persona esté capacitada para rendir su informe, contadora o no. 3º Si se cumplió con la misión encomendada, satisfaciendo en el fondo lo que se pretendía con el dictamen, esto es, siendo éste calificado, técnico, diciente, poco importa que no se cumpla con el requisito formal de que se rinda por contador público. Lo que interesa al fin es el dictamen en sí, por que ilustre, dilucide un punto, más que la persona que lo rinda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica instancia. Radicación número 3698.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 98.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Vistos

Primeramente la defensa presentó un escrito en el que formulaba incidente procesal de objeción al dictamen pericial obrante dentro del proceso y que, según ella, fue la base para la Resolución de Acusación que se dictó en contra del General (r) José Guillermo Medina Sánchez. La Corte, en su momento, lo despachó con providencia de septiembre 6 de 1993 que en su parte resolutiva dispuso: "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".

Contra la señalada determinación, la defensa interpuso recurso de reposición, permaneciendo el escrito respectivo en Secretaría por dos días en traslado a los sujetos procesales, sin que ninguno de ellos hubiera hecho uso del mismo.

Es, pues, éste el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

Fundamentos de la Impugnación

1. El error grave frente a las variaciones injustificadas como cargo en la prueba trasladada. La justificación de la variación patrimonial fiscal es un problema matemático que no tiene nada de subjetivo, ni puede ajustar a la mera exhibición de un criterio de interpretación contable diferente.

No es cierto que el General Medina S. estuviera obligado a llevar libros de contabilidad como lo refiere la providencia impugnada, porque jamás ejerció profesionalmente actividad de comercio alguna, entre otras cosas porque la actividad agrícola primaria (siembra, cosecha y venta de productos) la misma ley comercial la excluye como actividad profesional de comercio.

No es cierto que los estados financieros sólo se puedan elaborar si existen registros contables en libros registrados; la esencia de la contabilidad como ciencia no son los registros; éstos son una formalidad de la contabilidad

"Es un hecho cierto que se pueden hacer cálculos o mediciones contables traducidas en estados financieros, partiendo de los hechos reflejados en documentos o indicios de existencia de los mismos ...".

La defensa, en su escrito de objeción a la prueba trasladada, jamás presentó estados financieros; sencillamente mostró los cálculos correctos de las justificaciones de las variaciones patrimoniales tomando datos de las declaraciones tributarias, afirmación que se puede verificar con un sencillo chequeo de los datos utilizados por los cálculos con los denuncios rentísticos obrantes al proceso.

"La fuente de la información procesada por ambas partes es la misma: las declaraciones de renta y sus certificados anexos. ¿Por qué las diferencias en la columna de patrimonio líquido del año anterior y la columna de desfase entre uno y otro informe? La Procuraduría no incluyó los factores de renta no gravada porque no observó que ésta no está incluida y mal podría estarlo en la renta líquida, ni tampoco tuvo en cuenta las

valorizaciones de los activos patrimoniales (semovientes, inmuebles, vehículos, etc.) y ante esta situación la defensa respetuosamente vuelve a insistir que las diferencias no se deben a criterios de interpretación, sino más bien a errores matemáticos".

2. El problema de las consignaciones bancarias no justificadas.

"...¿Por qué la defensa considera que la Procuraduría se equivocó también en este aspecto? Por la sencilla razón de que sólo consideró dentro de sus cálculos las rentas obtenidas (trabajo y mixtas). Fatal equivocación. Veamos por qué:

"a) ¿Dónde están consideradas las sumas que el General consignó año a año provenientes por la rendición de inversiones (CDT, etc.) constituidas en el mismo año o en el anterior? ¿Acaso no son susceptibles de ser consignadas en un banco?;

"b) ¿Dónde consideró la Procuraduría los recursos provenientes de ventas de activos fijos (años de 1981, 1982, 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1989)?

"¿Acaso tampoco pueden convertirse en depósitos bancarios?;

"c) ¿Dónde sumó la delegada los recursos provenientes de los créditos a menos de un año de plazo obtenidos por el General, certificados por los bancos a instancias de la investigadora y que no figuran en las declaraciones en razón a que se obtienen y se cancelan en el mismo año?

"¿Puede alegarse que las profesionales investigadoras no tuvieron la información para procesarla ydeterminar si los recursos generados en cada año más el saldo disponible del año anterior justificaban o no el nivel de consignaciones (así sea por promedio), vale decir si las consignaciones son mayores que los recursos de toda índole obtenidos?

"Para concluir este punto, el error de la investigación en este campo no se debió a la falta de conocimientos contables sofisticados. Sólo se requería el deseo por parte del investigador de producir una prueba basada en información justa, vale decir, sin que ella sirva para favorecer a una parte en particular, tal como lo predica el principio de la equidad, norma contable establecida en el artículo 1º del Decreto 2160, ya citado en las objeciones."

3. Los supuestos errores en los cálculos hechos por la defensa. La defensa insiste en que anexo al escrito de objeciones existe un cuadro cálculo de las variaciones y justificaciones patrimoniales, tomando los datos de las declaraciones de impuestos. Invita, entonces, al perito contador nombrado por la Corte para que analice los cálculos presentados frente a los datos de las declaraciones tributarias y verifique que no existe error.

4. Falta de idoneidad de los funcionarios de la Procuraduría que firman los informes contables.

"Sobre este punto considera la defensa que basta señalar lo previsto en la Ley 43 del 13 de diciembre de 1990, que adiciona la Ley 145 de 1960, cuando dentro del artículo primero establece que el contador público está facultado para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre los estados financieros y realizar las actividades relacionadas con la ciencia contable en general. De allí por qué se acredite la condición de contador público por medio de la tarjeta profesional expedida por la Junta Central de Contadores.

"No se puede presumir la idoneidad por el mero hecho de ejercer ese cargo público, como sucede con los funcionarios adscritos a la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, por cuanto la mencionada ley en su artículo 12 señala que a partir de la vigencia de la presente Ley, la elección o nombramiento de funcionarios públicos, para el desempeño de cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, deberá recaer en contadores públicos.

"Agrega la norma que la violación de lo dispuesto en este artículo conllevará la nulidad del nombramiento o elección y la responsabilidad del funcionario o entidad que produjo el acto.

"A su vez el artículo 13 de su numeral 1 literal e) recogiendo lo dispuesto en la Ley 145 de 1960 artículo 5°, numeral 4 afirma que se requiere tener la calidad de contador público por razón del cargo para actuar como perito en controversias de carácter técnico contable, especialmente en diligencias sobre exhibición de libros, juicios de rendición de cuentas, avalúo intangible patrimoniales, y costo de empresas en marcha.

"Basta con dar lectura a los artículos en mención para entender que no se puede presumir capacidad o idoneidad en quien no sea contador público, por cuanto la misma ley indica los requisitos especiales para poder ejercitar esta función y más aún cuando sanciona con nulidad del nombramiento o elección y creando, como para el presente caso, responsabilidad por parte de la Oficina de Investigaciones Especiales, que designó profesionales universitarios que no reunían esta calidad. Recordemos que la mayoría de los informes contables de la Procuraduría son firmados por profesionales universitarios abogados".

5. Irregularidad del trámite dado por la objeción.

Si se recurre al tratamiento que le da la objeción a la prueba pericial el artículo 138 del C. de P. C., se tiene que se puede rechazar el incidente respectivo cuando no esté expresamente autorizado en el Código o por otra ley; también, el que se promueva por fuera del término y aquel cuya solicitud no reúna los requisitos formales. Todas estas previsiones se cumplen, pues la prueba pericial contable está expresamente autorizada dentro de lo preceptuado por los artículos 270 y 271 del C. de P. P., se está promoviendo el incidente dentro del término previsto en la ley (hasta antes que finalice la audiencia pública); y los requisitos formales, lo ordenado por el artículo 64 *ibidem*, ya que se ha realizado la relación de los hechos y la mención de las pruebas sobre las cuales se fundamenta la objeción.

6. La asesoría especializada. En el auto en el que la doctora Fanny Rodríguez Villamizar fue seleccionada de la lista de expertos en contabilidad se ordenó que rindiera informe verbal y escrito. "Revisado el proceso se encuentra la defensa que no obra dentro del mismo informe escrito que permita conocer a los sujetos procesales el concepto, conclusiones, apreciaciones, de las cuales pueda deducir la defensa el conocimiento de esas consideraciones profesionales para tener la oportunidad procesal de controvertirlas...".

Breves Consideraciones de la Sala

1. Es tan subjetiva la determinación de la variación patrimonial, que la defensa la precisa de acuerdo con ciertos parámetros, en tanto que la Administración de Impuestos

Nacionales toma como puntos de referencia o variables otros bien diferentes. Y no es que la Corte haya asegurado o esté afirmando que no están de por medio factores económicos o contables o matemáticos en la fijación de la indicada variación. No, sino que unos los conjugan de una manera; y otros, de forma bien diversa, o simplemente varían los elementos integrantes del cálculo.

Entonces conserva cabal vigencia lo señalado por la Corporación en el auto recurrido así:

"Analizando el escrito de la defensa, en donde literalmente se lee que se presenta *incidente procesal* de objeción al dictamen pericial, obviante dentro del proceso y con base en la 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...".

No se puede llegar a la conclusión de que el cálculo es inexacto y que ontológicamente existe un error matemático grave, cuando las expertas de la Procuraduría al efectuar el seguimiento patrimonial al General tomaron como base en lo que se refiere a los bienes poseídos por el mismo, lo declarado tributariamente, pues era la única forma de determinar la cantidad y valor de ello; pero en ningún momento se precisaron variaciones patrimoniales fiscales, por cuanto ésta es una figura tributaria establecida para la fijación de un impuesto y no para concluir el incremento patrimonial injustificado.

En razón a lo expuesto, no se tomaron las valorizaciones de los activos, ya que ellas no representan ingreso en efectivo, siendo una figura que nos lleva al incremento del costo de los activos a través del tiempo, ligado a la depreciación de los mismos por su utilización.

Aclara la Corte, nuevamente, la concepción de la determinación de la renta por comparación de patrimonio, establecida en la legislación tributaria así:

El régimen del impuesto a la renta y complementarios señala que si se incrementa el patrimonio líquido en el año o período gravable, en cuantía superior a la que se pueda justificar de acuerdo con los ingresos constitutivos o no de renta, ganancias ocasionales, valorizaciones, etc., declarados, se presume que se han omitido ingresos. En este evento, el fisco puede tomar como renta gravable la diferencia entre el patrimonio líquido del año fiscal, frente al patrimonio líquido del año anterior.

Para evitar este sistema, la Administración de Impuestos le da opción al contribuyente de que efectúe su conciliación patrimonial, para liquidar el impuesto por el sistema de comparación de patrimonios y no para determinar variaciones patrimoniales injustificadas o no, como lo invoca tantas veces la defensa.

De otra parte si bien es cierto que la esencia de la contabilidad como ciencia no son los registros contables, también es verdad que para realizar cálculos y mediciones con el objeto de desarrollar un estado financiero, deben existir soportes sobre los cuales se puedan determinar los ingresos recibidos, los préstamos otorgados, las cuentas por cobrar, las cuentas por pagar y su vencimiento y no calcularlos sobre la presunción de su existencia. Por esto, el Decreto 2160 de 1986 es muy claro al precisar que la contabilidad y la información financiera se fundamentan en los bienes materiales e inmateriales que

posean un valor económico y por lo tanto sean susceptibles de ser valuados en términos monetarios.

Con base en lo anterior se pregunta la Corte cómo se puede verificar la información contable si la defensa y el General Medina no aportaron documentos que sirvieran de fundamento a la Procuraduría en la determinación de los otros ingresos recibidos por el implicado, en su presunta actividad agrícola y ganadera.

¿Fue que, acaso, comprobó la defensa, con documentos, la existencia de las deudas declaradas por la familia Medina Santacruz?

Cabe anotar que la legislación tributaria es muy clara al determinar que si no se llevan libros de contabilidad, sólo se pueden reconocer los pasivos respaldados con documentos de fecha cierta.

Así las cosas, no podemos hablar de errores en tratándose de comparación patrimonial como quiera que las fuentes tomadas para determinarlos se hicieron teniendo en cuenta los criterios impuestos por la legislación tributaria, para la liquidación del impuesto de renta. Además, el origen de la referencia a los libros de contabilidad está en que se había especificado que la elaboración de un estado financiero requiere información confiable, útil, comprensible, íntegra, objetiva, lógica, oportuna, razonable y verificable y que dicha información debía ser proporcionada por comprobantes y libros de contabilidad, y si como en el caso *sub examine* no había la obligación de llevarlos por no tener Medina Sánchez la condición de comerciante, se debió al menos soportarlos con facturas, libros de cuentas, constancias de traslado de dineros, etc., tanto respecto de su alegada actividad agropecuaria y ganadera como de todo lo demás, lo cual hasta el momento no ha podido ser satisfecho por la defensa ni por el General Medina.

II y III. La defensa no puede concluir que existe error grave en la investigación realizada por la Procuraduría, por cuanto ella tomó para su estudio lo que pudo ser comprobado y estaba debidamente soportado.

¿Cuándo aportó la defensa los documentos para determinar que el General Medina había obtenido recursos a través de créditos a corto plazo, si solamente se comprobaron los certificados por los bancos al cierre del ejercicio fiscal con los intereses pagados?

¿Dónde están las pruebas de la venta de los activos si en las declaraciones tributarias algunos no aparecen?

Cómo puede tomarse como cierto lo consignado en el anexo número 2 si el mismo presenta diferencias con lo reflejado en el informe de la Procuraduría, como se demuestra a continuación:

Año	Promedio anual Anexo No. 2	Promedio anual estudio	Diferencia
1984	$9.068.603	$8.371.800	696.803
1985	20.809.313	20.038.601	770.712
1986	13.897.005	12.843.419	1.053.586

Año	Promedio anual Anexo No. 2	Promedio anual Estudio	Diferencia
1987	24.230.921	29.833.356	(5.602.435)
1988	13.383.039	13.099.539	283.500

Igualmente observa la Corte que el valor tomado como estimado para los costos de manutención (alimentación) varía en los siguientes años:

Año	Salarios	Estimado	Valor Registrado	Diferencia
30%				
1984	$2.989.541	5896.862	$1.195.816	$298.954
1989	33.361.513	10.008.454	4.044.881	5.963.573

Para el año de 1989, se determina que el efectivo generado es menor ($60.924.555) al efectivo aplicado ($71.023.140), lo cual da un saldo final negativo de $10.098.585.

¿Se considera este como un error matemático o como un error grave para demostrar que los egresos no sobrepasan a los ingresos?

De otra parte, si se van a tener como ciertas las rentas agropecuarias estimadas, ¿qué valores tomaríamos en cuenta si las cifras registradas y presentadas por la defensa en el cuadro de los ingresos recibidos por venta de leche, cultivos de papa difieren de los valores consignados en el flujo de caja como rentas agropecuarias?

Veamos el siguiente análisis:

Año	Valor estimado	Flujo de caja	Diferencia
1982	$454.500	5587.400	($132.900)
1983	477.450	1.837.950	(1.360.500)
1984	696.600	787.000	(90.400)
1985	874.560	970.560	(96.000)
1986	1.027.200	921.000	(106.200)
1987	1.084.950	1.400.000	(306.050)
1988	1.440.840	2.170.000	(729.160)

Además, los únicos que declararon venta de productos agrícolas fueron María de los Angeles Santacruz y María Cristina Medina Santacruz, la primera, en 1986, por $921.000, y, en 1987 y 1988, en cuantía de $1.401.000 y $1.990.000.

Igualmente, se presentan diferencias en el total del patrimonio líquido en los informes presentados por la defensa como prueba, así:

Año	Informe Parra Escobar	Informe Pablo Buitrago	Diferencia
1988	$80.067.832	$84.264.339	$4.196.507

Año	Informe Parra Escobar	Informe Pablo Buitrago	Diferencia
1987	61.382.002	68.602.059	7.220.057
1986	45.249.269	54.338.343	9.089.074
1985	29.272.367	46.057.004	16.784.637
1984	26.028.663	38.396.839	12.367.176
1983	20.671.954	30.811.837	10.139.883
1982	13.629.402	22.821.663	9.192.261

Otra cosa, la misma defensa cuando trata de refutar los informes de la Procuraduría incurre en desaciertos, así:

Datos consolidados presentados por la defensa hasta 1988

	Parra Escobar	Pablo Buitrago	Diferencia
Efectivo	$67.359.760	$142.432.598	($75.072.838)
Inversiones	90.139.235	84.346.594	5.792.641
Cuentas por cobrar	60.760.400	-	60.760.400
Inventario Ganado	10.460.748	10.291.948	168.800
Semovientes	650.000	-	650.000
Muebles y Enseres	-	16.550.000	(16.550.000)
Activos fijos	142.077.207	105.905.165	36.172.042
Vehículos	34.307.557	25.955.300	8.352.257
Total activo	405.754.907	385.481.605	20.273.302
Deudas	106.290.408	39.789.785	65.500.623
Total patrimonio	299.464.499	345.691.820	(46.227.321)

Es del caso, también, resaltar, mediante el correspondiente cuadro, las diferencias, para el año de 1989, entre la declaración de renta del núcleo familiar Medina Sánchez y el primer trabajo presentado por el Contador Pablo E. Buitrago, así:

	Declaración de renta	Pablo Buitrago	Diferencia
Efectivo	$15.233.000	$11.090.374	$4.142.626
Inversiones	39.225.000	40.224.438	(999.438)
Cuentas por cobrar	24.110.000	-	24.110.000
Inventario de ganado	2.118.000	2.118.000	-
Semovientes caballar	-	650.000	650.000
Muebles y enseres	-	7.000.000	7.000.000

	Declaración de renta	Pablo Buitrago	Diferencia
Casa calle 98	1.835.242	85.000	1.750.242
Apartamento Tr. 30	12.159.050	2.800.000	9.359.050
Fca. Cruz de Amarillo	3.696.626	18.000	3.678.626
Lote Parque Cementerio	75.000	75.000	-
Apartamento Cgena.	4.620.000	2.500.000	2.120.784
Casa calle 106	20.000.000	35.000.000	(15.000.000)
Lote Girardot	4.818.330	2.409.165	2.409.165
Construcciones	8.820.000	8.820.000	8.820.000
Of. calle 86	6.000.000	6.000.000	-
Automóvil Mazda 626	7.648.000	7.648.000	-
Jeep Trooper	8.854.700	8.854.700	-
Automóvil Mazda	2.069.000	1.307.600	761.400
Total activo	$161.282.732	$136.600.277	$24.682.455
Concasa	2.875.052	2.875.052	-
J. Guillermo Medina	19.110.000	-	19.110.000
Fondo Rotatorio	2.221.310	2.221.310	-
Banco del Estado	2.000.000	2.000.000	
Germán Medina S.	10.000.000	-	10.000.000
Granahorrar	3.048.479	3.048.479	-
Proria	1.869.252	1.869.252	-
Mazdacrédito	5.031.118	5.031.118	-
Total pasivo	$46.155.211	$17.045.211	$29.000.000
Total patrimonio	$115.127.521	$119.555.066	($4.427.545)

No puede menos de concluirse, entonces, como bien se expresó en el auto atacado, que es imposible que prospere una "objeción", cuando la misma se fundamenta en inconsistencias y yerros; dicho de otra manera, no es conducente demostrar un presunto error con otro similar o de mayor envergadura.

IV. Previamente se impone reconocer que, de cierta manera, la labor que se iba a cumplir por las expertas de la Procuraduría podía realizarse de mejor manera por un economista, por ser la función del contador más especializada; o en otras palabras, la tarea encomendada no se subsumía cabalmente en la delimitación que fija la ley como campo exclusivo del Contador Público.

Es claro, entonces, que se impone diferenciar entre la competencia propiamente tal para determinada gestión o labor de carácter contable, económico, financiero y la específica que la ley le otorga al contador público. Y el informe rendido por quien no lo sea, pero que indudablemente está capacitado para elaborarlo, no puede, con propiedad, ser tachado de ineficaz. Hay que enfatizar que, penalmente, lo que interesa es que la persona esté capacitada para rendir su informe, contadora o no. Si se cumplió con la misión encomendada, satisfaciendo en el fondo lo que se pretendía con el dictamen, esto es, siendo éste calificado, técnico, diciente, poco importa que no se cumpla con el requisito formal de que se rinda por contador público. Lo que interesa al fin es el dictamen en sí, porque ilustre, dilucide, un punto, más que la persona que lo rinda.

No ve la Corte de dónde tomó el dato la defensa de que las expertas de la Procuraduría son en su mayoría abogados. La verdad es que, cuando de un informe de éstos se trata, laboran un economista y un abogado o un contador y un profesional del derecho. Aquí, por ejemplo, la doctora Nylia Mercedes Camacho de Umaña es abogada y la doctora Nancy Esther Polo es economista y Ligia Isabel Ortiz es contadora pública. Existe, pues, en la Procuraduría un grupo interdisciplinario que, entre otras funciones, tiene la de rendir informes como el que ahora vanamente "impugna" la defensa.

Recuérdese que la labor encomendada a la Procuraduría, concretamente a la Unidad de Investigaciones Especiales, se basa en el seguimiento patrimonial, sobre el cual se efectúa un análisis económico que, reitérese, bien puede ser realizado por un contador y un abogado o un economista y un profesional del derecho, para que puedan complementarse, auxiliarse en el complicado estudio de este tipo de prueba.

Se trató, pues, de un procedimiento que necesariamente no versaba sobre asuntos contables, en los cuales se requiriera de la firma de un contador público, precisamente porque en el momento de su elaboración no se aplicaron las normas de contabilidad generalmente aceptadas, ya que únicamente se determinaron aspectos como propiedad, constitución de pasivos y fijación de los ingresos, todo ello referido entonces a un estudio más que contable, económico, del implicado.

Es curioso, la defensa afirma que las expertas de la Procuraduría no levantaron estados financieros y de singular manera enfoca su crítica por ese aspecto, pero olvida que, precisamente, porque con propiedad el trabajo por ellas realizado no merecía el anterior calificativo, no requería ser suscrito por un contador público.

Es indudable que la defensa ha obrado, cuando se trata de atacar la labor de las expertas de la Procuraduría, de una manera muy especial. De ahí que en el auto recurrido se hubiera señalado algo que conserva cabal vigencia, así: "...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 cambia cuando, con similar origen, aparece un elemento de compromiso".

V. *Ab initio* del presente pronunciamiento se precisó por qué la pretendida "objeción" a los informes de la Procuraduría (Oficina de Investigaciones Especiales) no es cosa diferente de la presentación de un criterio muy particular sobre el valor de aquellos trabajos del Ministerio Público. Y con el discurrir del presente proveído, esa afirmada

verdad se ha hecho más sólida, hasta el punto que no puede negarse que simplemente se trata de la "exhibición de un concepto diferente de interpretación contable", como desde el auto recurrido se había señalado. Y en todo ello está la razón para que tal subjetiva opinión no hubiera recibido el trámite de incidente como lo demandó y demanda la defensa.

VI. Es cierto que en el auto de sustanciación proferido por el aquí Magistrado Ponente el 19 de mayo de 1993, en el que se seleccionó de la lista de expertos en contabilidad facilitada por la Superintendencia Bancaria, el de la doctora Fanny Rodríguez Villamizar, como asesora especializada del Despacho, se ordenó que la citada profesional "rindiera informe verbal y escrito". Y, evidentemente, así lo ha hecho. Lo que ocurre es que tales informes tienen un destinatario exclusivo que no es otro que el respectivo Magistrado Sustanciador que ha solicitado la asesoría; ellos, pues, no ingresan directamente al proceso y en orden a ser controvertidos. Lo que va al proceso es lo que de allí encontró útil, valioso, el Magistrado y que es vertido por éste, según su personal apreciación, en el correspondiente auto, el que desde luego, como cualquier otra determinación, puede ser objeto de debate. Nada más lejano entonces a la realidad de un atentado contra el principio de equidad que debe regir el trámite del proceso y que aquí ha sido, a no dudarlo, respetado en toda su extensión.

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

RESUELVE:

No reponer su auto de septiembre 6 del año en curso, que denegó 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, recibiendo, entonces, en este sentido, cada respuesta.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION PENAL / ACCION DISCIPLINARIA / CIERRE DE INVESTIGACION / NULIDAD / AUTO INTERLOCUTORIO

No es atinado sujetar la suerte de la acción penal o disciplinaria, en ningún evento, a la manifestación que sobre el particular realice la segunda instancia, cuando ésta se pronuncia sobre la determinación de la que se desprende la ocurrencia delictiva. / El auto de cierre recibe una ejecutoria material. / El haber decretado la nulidad con un auto de simple "cúmplase" constituye una irregularidad, pero lo que no puede predicarse es que se haya conculcado la estructura básica del proceso, lo que de pronto se habría sucedido en el evento de que la determinación asumida no hubiera tenido razón de ser.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda instancia. Radicación número 8736.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 98.

Santafé de Bogotá, D. C., 27 de octubre de 1993.

Vistos

Dentro la oportunidad que brinda el artículo 446 del C. de P. P., el defensor del doctor Orlando Sánchez Mozo presentó varios memoriales. El primero de ellos lo fue el 3 de junio del corriente año, donde solicitaba la recepción de los testimonios de los abogados Cecilia García Bautista, Luis Roberto Parra Delgado y Luis Jesús Romero Peñaranda "a quienes se les interrogará sobre el concepto y lo que les conste sobre la conducta personal y profesional, así como la social de mi defendido". También, que se pidieran fotocopias certificadas sobre los informes estadísticos que rindió el doctor Sánchez M. en su condición de Juez Quince de Instrucción Criminal de Cúcuta y que contienen todos los trabajos desarrollados por ese Juzgado durante los meses de noviembre y diciembre de 1989 y todos los meses del año de 1990. Señaló el peticionario que, con las declaraciones, pretendía acreditar la "excelente conducta personal, profesional y social de mi defendido" y con los datos estadísticos no solamente el volumen de trabajo en el Juzgado a cargo del procesado, sino el rendimiento de éste como juez y su total dedicación al trabajo.

El segundo de los memoriales de la defensa se presentó el 9 de junio de 1993, solicitando varias copias de providencias de un proceso que se adelantó en la ciudad de Ibagué por parte del entonces Juez Segundo Superior, doctor Antonio M. Toro Ruiz, incluyendo allí fotocopia de la sentencia de la Corte, donde fuera Magistrado Ponente quien aquí cumple igual rol. "Con lo anterior, honorables Conjueces, pretendo demostrar cómo en ese caso que se tramitaba en Ibagué, a pesar de los graves errores procedimentales y la burda apreciación que hizo el Juez Segundo Superior de Ibagué de la prueba pericial, la honorable Corte Suprema de Justicia no ordenó investigación penal contra el titular".

Y, en el tercero, que lo conforman 42 hojas, demanda la declaratoria de una nulidad por cuanto a su defendido se le ha investigado y juzgado con vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, "y fueron llevadas de calle igualmente las garantías constitucionales y legales individuales, así como las formas propias del juicio, lo mismo que las leyes preexistentes al acto que se imputa y hasta la ley de favorabilidad".

Entiende la defensa que al haberse adelantado investigación penal contra el doctor Orlando Sánchez Mozo, con antelación al sentimiento de la segunda instancia y con respecto a la sentencia de la que se dice se desprende el prevaricato en su contra, se ha atentado contra el debido proceso porque era el Tribunal de Orden Público, como superior del doctor Sánchez quien, al desatar la alzada, ha debido precisar si había mérito o no para iniciar investigación penal o disciplinaria en contra de su defendido. Que ésta era una atribución que sólo en cabeza de la indicada Corporación radicaba. Y, lo que es más grave, una vez el Tribunal se pronunció, nada dispuso en contra de su cliente y, simplemente, confirmó la sentencia absolutoria dictada en favor de Humberto Tavares Valencia y no lo decidido con respecto a Alvaro de Jesús Mendoza García y, empero, para los juzgadores tal hecho no tuvo ninguna resonancia en favor del procesado. Que lo decidido por el doctor Sánchez M. fue conocido oficialmente no sólo por el Tribunal, sino desde luego, también, por el Ministerio Público en primera y segunda instancias, igual que por la Delegada ante la Corte, y también por esta misma, sin que nadie hubiera encontrado en la actuación de su representado razón o fundamento para disponer que fuera investigado penal o disciplinariamente; pero que tampoco esto ha tenido incidencia en el proceso que se le adelanta al hoy ex Juez de Instrucción Criminal Especializado.

Precisa, también, el solicitante de la nulidad que, cuando el proceso llegó a la Fiscalía, ilegalmente se declaró la nulidad del cierre por cuanto no había mérito para precluir investigación ni para proferir resolución de acusación, cuando lo que ha debido dictarse era la primera de las determinaciones indicadas. Que ese auto se emitió como de sustanciación, cuando era interlocutorio y no se concedió el recurso de apelación contra él interpuesto.

Se señala, de otra parte, que el Fiscal, no obstante reconocer que el juez acusado no había recibido ningún dinero o otra utilidad a cambio de la determinación asumida, termina dictándole auto de detención porque para él esa sentencia era violatoria de la ley. Aquí vuelve a violarse -sostiene la defensa- el principio de favorabilidad porque se aplicó el nuevo Código que sí obliga a resolver la situación jurídica antes del cierre de la investigación, lo que no ocurría con el anterior estatuto procedimental penal. Y lo que es peor: el Fiscal termina profiriendo resolución de acusación contra el doctor Sánchez Mozo, yendo inclusive en contra de lo sostenido por el Tribunal de Orden Público, pues afirma que basta la sola lectura de la sentencia para apreciar que se ha prevaricado y que

no importaba que no hubiera recibido dinero, o el móvil "ya que había personas que cometían ese ilícito por el simple placer, gusto o morbosidad de querer violar la ley".

De la decisión impugnada

"...Corresponde a la Sala analizar si se ha configurado ostensible violación de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa, pues no bastaría la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico, la vulneración de uno de aquellos principios supremos que orienta 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.

Sobre el particular, ha reseñado en repetidas oportunidades la Corte Suprema de Justicia que "No basta señalar en abstracto ausencia de defensa o perjuicio evidente de los perjuicios fundamentales del imputado, pues se hace imprescindible acreditar qué pruebas dejaron de practicarse y en qué grado y de qué manera la dicha omisión repercutió en la solución del proceso".

Considera la Sala y así se observa, que el procesado doctor Orlando Sánchez Mozo no sólo ha tenido oportunidad de conocer y tener un seguimiento total del proceso, sino que en tales circunstancias ha gozado de toda la oportunidad de impugnar y controvertir las pruebas, luego desde este punto de vista no puede acreditarse o surgir duda alguna sobre desconocimiento, falta de publicidad, de lealtad o indebido proceso.

"...A simple vista y estudio expedencial se advierte que la defensa ha conocido cabalmente todas y cada una de las probanzas recaudadas y traídas al proceso, pues éstas no han llegado al expediente de una manera sorpresiva o desusada, ni tampoco en forma oculta o clandestina para afectar por este sistema vedado o prohibido el derecho de defensa del procesado: tiempo, medios, oportunidades ha tenido el inculpado y con él su defensor para debatir los elementos de juicio que comprometen la responsabilidad jurídico-penal de aquél o para formular los reparos pertinentes en ejercicio de sus garantías constitucionales, que en ningún momento le han sido negadas, como en efecto ha sucedido a lo largo de la actividad procedimental; diferente es la vinculación tardía al proceso del doctor Gerson París como nuevo defensor del doctor Orlando Sánchez Mozo, pues seguramente no ha tenido la oportunidad de leer detenidamente el proceso, seguramente por lo voluminoso, pues de haber sido así se habría enterado de la posición similar asumida por el antecesor, doctor Miguel Quintero, quien durante todo el proceso y a través de sus distintos memoriales petitorios ha venido argumentando la nulidad sobre la cual ahora se insiste nuevamente, pues para ello nos bastaría con observar el memorial suscrito por el doctor Quintero, visible a folios 333 a 361 del cuaderno número 1.

"...La Sala no encuentra motivo alguno para citar y recepcionar las declaraciones de los respetados profesionales del derecho, doctora Cecilia García Bautista, Luis Roberto Parra Delgado y Luis Jesús Romero Penaranda, para demostrar la corrección y excelente conducta personal y profesional del doctor Orlando Sánchez Mozo, por cuanto su cuestionamiento no corresponde precisamente a su vida privada o social, sino al

desempeño que ha afborado como funcionario, luego su conducta se encuentra más que probada en el proceso a través de otras pruebas recaudadas, hasta el punto de observarse que precisamente y sobre el particular se recepcionó la declaración del doctor Jorge Zurek Meza, ya fallecido, y por innecesarias no se recepcionaron las declaraciones sobre la conducta del doctor Orlando Sánchez Mozo, debían rendir los doctores Argelino Durán Quintero y Ciro Pabón Núñez, quienes igualmente ya fallecieron, pero que su no recepción testimonial se debió a la solicitud expresa del mismo doctor Sánchez Mozo, en memorial visible al folio 228 del cuaderno número 1. De otra parte, la trayectoria y hoja de vida del procesado no han sido ajenas para quienes por rituales del proceso han conocido del mismo; así lo ha sostenido igualmente la Fiscalía Delegada.

"De igual manera considera la Sala que se hace innecesaria la recepción de los informes estadísticos rendidos por el doctor Sánchez Mozo en su calidad de Juez Quinto de Instrucción Criminal, tal como lo solicita el defensor del procesado, por su inconducencia, ya que el rendimiento o dedicación del procesado en su condición de Juez Quinto de Instrucción Criminal no incide o valora la actividad desplegada en el acto materia de sindicación, ni ha sido aducido como causal siquiera de justificación el exceso de trabajo.

"De otra parte, considera así mismo la Sala que no es viable acceder a la petición formulada por el señor defensor del procesado, doctor Gerson París, y relacionada con el aporte de algunas piezas probatorias que reposan en el proceso que se sigue ante el Juzgado Segundo Superior de Ibagué, por cuanto en primer lugar, a partir de la reforma judicial, los Juzgados Superiores desaparecieron en el contexto jurisdiccional y se convirtieron en Juzgados Penales del Circuito y, en segundo lugar, por su inconducencia, pues al rompe se advierte que la prueba solicitada no guarda relación alguna con los hechos materia de debate; es decir, porque para su conducencia debe versar sobre la relación que debe existir entre el asunto del proceso, la prueba y el hecho que pretende demostrarse, pues bueno es afirmarlo, que dos aspectos fundamentales se requieren para la prosperidad de toda investigación; el uno hace relación a la obtención de la prueba numéricamente suficiente y apropiada; y, el segundo, el más importante, que las mismas se relacionen y concatenen unas con otras mediando, perdurando y viviendo en la mente del investigador la coordinación, el impulso y, lo más esencial, el deseo de que las mismas sí otorguen clarividencia sobre los hechos".

De la Impugnación

El recurrente no se refiere para nada a la decisión del Tribunal de no ordenar la práctica de las pruebas por él solicitadas y se concreta a mostrar su desacuerdo sólo en cuanto no se decretó la nulidad y, aunque de manera ya no tan extensa como en su primer memorial, vuelve, en el fondo, sobre los mismos argumentos que en su sentir la viabilizan, los que, como ya han sido reseñados por la Corte, no es del caso repetirlos ahora.

Breves Consideraciones de la Sala

1. La Corte no tiene por qué pronunciarse sobre la denegación de las pruebas solicitadas por la defensa en sus memoriales de junio 3 y 9 del año en curso. Y no es del caso que lo haga porque ante la negativa del Tribunal a disponer su práctica, si bien el

auto en que ello se ordenó fue apelado, la inconformidad sólo se manifestó en el alegato sustentatorio del recurso, en la otra decisión también contenida en la misma providencia de no decretar la nulidad, igualmente impetrada. Y bien que de tiempo atrás se ha dicho que el agravio es la medida del recurso; y la conducta del impugnante hace saber que afrenta procesal únicamente encuentra en no haberse dispensado el remedio último de la invalidez peticionada.

2. Cuando se lee el memorial en el que la defensa demanda la declaratoria de nulidad, quiérase que no, a medida que se avanza en su lectura se va construyendo la convicción de que el criterio que sustancialmente se tiene es el de que existe invalidez de las determinaciones asumidas, cuando ellas no consultan la opinión jurídica del ahora impugnante.

Sostener, por ejemplo, que existe vicio trascendental en la actuación porque se le dictó a su cliente medida de aseguramiento de detención preventiva y, luego, resolución de acusación por el delito de "prevaricato", pese a que el funcionario expresó su convencimiento de que el doctor Sánchez Mozo no había recibido dinero ni ninguna otra utilidad para asumir la determinación por la que tal ilícito se le imputó, no es ciertamente una situación procesal de la que pueda desprenderse la ocurrencia de una nulidad, sino una cuestión jurídica de fondo (que el prevaricato exige un móvil de contraprestación sin el cual no se perfecciona), que no se corresponde con la filosofía del instituto que se comenta. Evidentemente, de ella se ha dicho que es un vicio que compromete la validez jurídica del juzgamiento, que conculca el principio de legalidad, violando el ordenamiento que le da vida en el derecho positivo. Es una falta de actividad que afecta, desde luego, la sentencia y la relación procesal. Pero es sanción por incumplimiento o inobservancia de requisitos que el mismo legislador establece como elemental garantía. El maestro Couture, por ejemplo, afirma que "la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas en la ley"; y, agrega, la nulidad procesal "no es cosa atinente al contenido mismo del derecho, sino a sus formas; no un error en los fines de la justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia".

Pues bien, otros son entonces los remedios que la ley proporciona para circunstancias jurídicas como éstas de las que se queja la defensa; y ello es claro, se trata del instituto de los recursos ordinarios y extraordinarios; pero apréciese que, por ejemplo, la resolución de acusación no se impugnó.

3. No es atinado sujetar la suerte de la acción penal o disciplinaria, en ningún evento, a la manifestación que sobre el particular realice la segunda instancia, cuando ésta se pronuncia sobre la determinación de la que se desprende la ocurrencia delictiva. Aquí, equivocadamente, el impugnante entiende que la ventura o desventura de su poderdante estaba fatalmente ligada a lo que dijera el entonces Tribunal Superior de Orden Público y, en forma tal, que si esa Corporación no ordenaba ninguna averiguación disciplinaria o penal en contra del doctor Sánchez Mozo, la investigación que contra éste se adelantaba debía precluir.

También, que mientras la determinación del Tribunal no se produjera, la respectiva investigación contra su defendido debía paralizarse, hasta tanto aquélla fuera un hecho

y, entonces, cumpliría efectos definitivos sobre la otra, en orden a que se reanudara su marcha o la misma, necesariamente, concluyera.

Norma que conduzca a aquellas deducciones no existe en nuestro procedimiento y de ahí que no pueda afirmarse que, por haber actuado de la señalada manera, se hubiera incurrido en violación al "debido proceso". Y, por contrario modo, nada impide obrar así, pues el presunto hecho delictivo tendrá o no ocurrencia delictiva, independientemente de la determinación del Superior, pues que ésta ni le quita ni le pone a la ya asumida por el inferior y es de ella de la que se colegirá o no la existencia ilícita.

4. Cuando entró en vigencia el Decreto 2700 de 1991, que lo fue el 1º de julio de 1992, los procesos de que venían conociendo los jueces penales, a excepción de los municipales, se remitieron a la Fiscalía, si se encontraban en la fase instructiva, así se hubiera dictado auto de cierre de la investigación.

Sabido es que, en el Código de Procedimiento Penal anterior, Decreto 050 de 1987, cerrada la investigación, la misma podía jurídicamente ser calificada "profiriendo resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de la investigación" (art. 469) y que, según el estatuto procedimental penal vigente (art. 439), "El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción. Cuando no hubiere lugar a proferir estas determinaciones el fiscal continuará adelantando la instrucción".

En el evento *sub examine*, cuando el proceso que se le adelanta al doctor Orlando Sánchez Mozo llegó a la Fiscalía, ya se había producido el cierre de la investigación. Y como el funcionario encontró que la averiguación no permitía proferir resolución de acusación o preclusión de la instrucción, decretó la nulidad del auto primeramente mencionado, con lo que el proceso continuó en su etapa sumarial. Pues bien, por parte alguna encuentra la Corte que esta determinación comporte una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso. Es más, considera que ni siquiera constituye simple irregularidad, ya que el juez estaba aplicando normas vigentes (arts. 439 y 13 de las disposiciones transitorias) y, en ese cometido, la única alternativa propia era la medida adoptada, pues de la revocatoria se ha dicho que sólo opera contra determinaciones que tienen una ejecutoria formal (por ejemplo, auto de detención o de aceptación de la parte civil) y sabido es que el auto de cierre recibe una ejecutoria material. Pero, nulidad o revocatoria, lo importante es que para enderezar las cosas conforme al nuevo estatuto ésa era una de las determinaciones a adoptar.

Cuando se observa bien el memorial de la defensa hay que convenir en que su disconformidad está en que, en el indicado momento procesal, no se hubiera optado por la preclusión de la instrucción, siendo que el funcionario aseguraba que no había mérito en orden a la resolución de acusación. Pero una demanda así olvida algo trascendental, cual es que para concluir una averiguación penal, tanto en el anterior como en el vigente C. de P. P., los presupuestos que la viabilizan tienen que estar cabalmente demostrados, lo que no acontecía en el evento *sub judice*. No aparece, pues, tampoco atentado contra el principio de favorabilidad.

Es cierto sí que el haber decretado la nulidad con auto de simple "cúmplase" constituye una irregularidad, pero lo que no puede predicarse es que se haya conculcado la estructura básica del proceso, lo que de pronto sí habría sucedido en el evento de que

la determinación asumida no hubiera tenido razón de ser, mas ya quedó visto que era imperativo empalmar los procedimientos, y el camino legal más propio era el de la nulidad. Se equivocó pues el Fiscal al no asumir la determinación mediante la forma del auto interlocutorio, pero el vicio no es trascendental como para comportar un remedio tan extremo como el que se solicita ya a estas alturas del proceso, cuando el mismo se prepara para su fase final de audiencia y sentencia.

5. Ha quedado claro, pues, que no hay lugar a declaratoria de *nulidad*; pero no puede la Corte dejar de anotar que la Sala Penal del Tribunal de Cúcuta, en esta oportunidad compuesta por Conjueces, se limitó a decir que no existía vicio de aquella significación, pero sin que respondiera concretamente las razones en las que buscó estribo la solicitud de la misma, como ha debido hacerlo en orden a un mejor cumplimiento del deber asumido.

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

RESUELVE:

Confirmar el auto de julio veintinueve (29) del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Cúcuta, en su Sala Penal, denegó la nulidad impetrada por el defensor de Orlando Sánchez Mozo.

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.

Carlos Alberto Gordillo, Secretario.

PECULADO POR APROPIACION / HURTO /

CALIFICACION DEL SUMARIO

Es obvio que la ofensa a la administración pública se produce, en el peculado por apropiación de bienes, cuando se perturba la capacidad o el poder jurídico de disponer del patrimonio oficial, puesto que ello será la ruptura de las reglas de un buen servicio de la administración. El simple apoderamiento del bien, así sea oficial, es un delito de hurto si el agente no actúa con infidelidad al deber de administrar dichos bienes oficiales. Por ello se ha entendido que no es riguroso afirmar que la ofensa al interés jurídico de la administración pública se produzca por el apoderamiento de los bienes (que en ello coincide con el hurto) sino en el desapego a los deberes jurídicos de administrador del patrimonio estatal. / Erróneamente calificado el sumario, se atentó indudablemente contra el debido proceso, pues frente a unos hechos, la justicia tiene la obligación de tipificarlos correctamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8043. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 98 de octubre 27 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Robert Franco Vargas, José Agustín Durán Bolívar y Edgar Antonio Ariza Romero, a 48 meses de prisión, por el delito de peculado por apropiación.

Antecedentes

1. José Agustín Duran Bolívar, Robert Franco Vargas y Edgar Antonio Ariza Romero eran empleados de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, el primero como conductor y los dos últimos como "ayudantes de electricidad" en las oficinas del barrio Normandía, concretamente en la "Sección Cornelio Alterna" del Departamento Electromecánico.

El 26 de octubre de 1989 el Jefe del referido departamento, Ingeniero José Antonio Cuervo Páez, solicitó a los mencionados Franco Vargas y Ariza Romero "reubicar" los materiales que se encontraban en la bodega o patio respectivo de esas oficinas. Esos materiales correspondían a "tubería conduit, cajas de paso, cables, retal de cables" (fls. 49-1), y su reordenamiento debía hacerse dentro de la misma bodega.

Al conductor Durán Bolívar, de su lado, se le ordenó hacer un preciso "recorrido".

Los citados empleados de la Empresa de Teléfonos tenían desde hacía días la intención de apoderarse de algún material y venderlo, propósito que les hicieron saber a los celadores Luis Evelio Ríos Gómez y Jaime Trujillo Oliveros, a quienes les ofrecieron dinero por su colaboración, pues para sacar cualquier material de la bodega se requiere orden escrita de los referidos ingenieros. El primero de dichos vigilantes informó de este hecho a sus superiores, quienes a su vez lo comunicaron al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para que se montara en su momento el operativo respectivo. Así, el día 26 a la "hora del almuerzo (entre las 12 m. y las 2 de la tarde), aprovechando que el ingeniero Miguel Antonio Muñoz Gómez, Jefe de esa sección, no estaba, llegaron a la puerta de la bodega los hoy procesados, en donde el vigilante Luis Evelio Ríos Gómez dejó entrar a Franco Vargas y Ariza Romero, mientras Durán Bolívar los esperaba en la camioneta. Los visitantes sacaron en últimas un carrete de cable de cobre T.W. No. 2/0 de 500 metros, siendo seguidos por agentes del DAS hasta un parqueadero del barrio "La Chucua", en donde fueron capturados Franco Vargas y Durán Bolívar, ya que Ariza Romero se había quedado en las oficinas de Normandía.

2. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, los capturados confesaron los hechos. La investigación la inició el Juzgado 77 de Instrucción Criminal, que abrió investigación y escuchó en indagatoria a los sindicados, quienes negaron en esta oportunidad participación alguna en el ilícito (fls. 27 y 37-1). Fueron escuchados en declaración los ingenieros Cuervo Páez y Muñoz Gómez (fls. 71 y 73), y se ordenó la indagatoria a Ariza Romero, quien también sostuvo ser ajeno a los hechos.

Se practicaron otras pruebas y se allegó copia de la respectiva investigación administrativa adelantada por la Empresa de Teléfonos, la cual terminó con citación de los sindicados a "comité disciplinario" (fls. 141 y ss.).

3. Cerrada la investigación se la calificó con resolución acusatoria por el delito de hurto para los tres procesados, Franco Vargas y Ariza Romero en calidad de coautores, y Durán Bolívar en calidad de cómplice (fls. 219 y ss.).

Apelada esa decisión por la defensora de Ariza Romero, el Fiscal del Tribunal solicitó su confirmación, modificándola únicamente en el sentido de tener a Durán Bolívar también como autor. El Tribunal, mediante auto de 8 de noviembre de 1990 (fls. 21 y ss.-2), modificó la acusación, en el sentido de que los tres procesados debían responder por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Código Penal, agravado por la cuantía. Dijo al respecto que los procesados cumplían una orden y que el cable fue transportado en una camioneta de la Empresa.

El Juzgado 11 Penal del Circuito practicó en el juicio algunas pruebas, y el defensor de Robert Franco Vargas (el mismo que lo representa en casación) solicitó que se variara la calificación y se acusara por el delito de hurto. En esencia argumentó que los

procesados no administraban ni custodiaban el cable y que éste "jamas les fue entregado por razón del cargo" (fls. 284-1).

El Juzgado, por medio de auto de 23 de abril de 1991, no accedió a esa solicitud y acudió a doctrina y jurisprudencia para concluir que los procesados tenían respecto al cable "disponibilidad material por razón de sus funciones" (fls. 290-1). "En realidad -dijo el Juzgado-, José Agustín Durán Bolívar, Robert Franco Vargas y Edgar Antonio Ariza Romero tenían plena disponibilidad material o de hecho, sobre la carreta de alambre 2/0 de la cual se apropiaron, conforme a los cargos, eran dependientes de la Empresa de Teléfonos y tenían acceso a la central de Normandía, de la cual la sustrajeron. Además, constituía su acción, labores rutinarias, obviamente precedidas éstas de autorizaciones de salida del material respectivo, por parte de los señores José Antonio Cuervo Páez y Miguel Antonio Muñoz Gómez, sin el cual su comportamiento es tenido en cuenta por el estatuto de las penas como violatorio del Título II, en los delitos contra la administración pública" (fls. 290 y 291-1).

De ese auto apeló el defensor de Franco Vargas, insistiendo en el delito de hurto. Dice que las citas de jurisprudencia y doctrina del Juzgado "contienen afirmaciones que no sirven de soporte a lo resuelto" (fls. 321-1) y se refiere a las declaraciones de los ingenieros Cuervo y Muñoz, en las cuales se sostiene que sin su firma no se permite sacar ningún material de la bodega.

La Fiscalía Quinta del Tribunal pidió entonces que se revocara el auto apelado y se ordenara calificar por el delito de hurto: "es un hecho cierto -dice- que Franco Vargas, Durán Bolívar y Ariza Romero, por su condición de empleados de la ETB mantenían contacto directo con los bienes en relación con sus funciones, lo que implicaba cumplir con determinados actos como auxiliares de electricidad y conductor, situación que los ponía en situación de confianza, pero sin la potestad de disponer ampliamente bajo el soporte de su propia voluntad y criterio el manejo y destino final de los elementos, toda vez que previamente tenían que ser autorizados por sus jefes inmediatos (ingenieros)" (fls. 50 y 51-2). Cita jurisprudencia de esta Sala de Casación, de 2 de octubre de 1975 y 22 de febrero de 1979, acerca de la disponibilidad material y jurídica, entendida ésta como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de *la vigilancia de otro* (destacado del original), lo cual, anota, "no ocurre con los procesados en este asunto, toda vez que éstos para disponer de los materiales de la ETB tenían que estar sujetos a las órdenes de jefes inmediatos (ingenieros) en la entidad del ente estatal" (fls. 51-2).

El Tribunal, mediante auto de 30 de agosto de 1991 (fls. 67 y ss.-2), confirmó el proveído apelado. "Adentrándose la Sala en el objeto de inconformidad -dijo-, debe señalarse ciertamente que para que se dé la figura de peculado por apropiación, necesariamente éste sólo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas a él por la ley, el reglamento, contrato *u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo*. Las dos exigencias, como bien lo indica el autor Luis Carlos Pérez, son inseparables e inmodificables" (fls. 69-2, destacado del original).

Cita una jurisprudencia de esta Sala, de agosto 3 de 1976, en la cual se anota que "es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función", y señala que en este caso tuvieron contacto con el cable del que

se apoderaron, "precisamente a través de una orden superior" (fls. 70-2). Y agrega el Tribunal:

"Notoriamente debe concluirse entonces que los procesados entraron en posesión del cable por efecto de la dependencia del ejercicio de un deber del cargo, no requiriéndose que la fuente de la atribución se busque exclusivamente en la ley, como lo entiende el impugnante, porque ella puede derivar en (sic) otros actos diversos como el administrativo, una sentencia o la costumbre, como bien lo indica el autor Petrocelli" (fl. cit.).

4. El 22 de noviembre de 1991 se celebró audiencia pública (fls. 1.122 y ss.-3), y el 16 de diciembre siguiente se dictó sentencia de acuerdo con la acusación, imponiéndose a los procesados la pena principal de 48 meses de prisión, multa de $20.000.00 e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas. No se condenó al pago de perjuicios y se negó la condena de ejecución condicional (fls. 144 y ss.-3).

Los defensores de los procesados apelaron ese fallo. La fiscal del Tribunal de nuevo insistió en que se había cometido un hurto agravado por la confianza y no un peculado, pues el contacto con el cable fue derivado de una mera "cercanía circunstancial" (fls. 8-4). Menciona jurisprudencias de esta Sala, desde el año de 1979 a 1990 y reitera que no existe peculado "por cuanto a Franco Vargas y Ariza Romero sólo les entregaban los materiales exactos para que en su labor casi mecánica después de trasladarlos al lugar de trabajo los colocarían de acuerdo con la necesidad que precisamente se les había señalado, y ese día los movieran (sic) dentro de la misma bodega, y menos aún tratándose del conductor Durán Bolívar" (fls. 94).

El Tribunal, en sentencia de 10 de julio de 1992 (fls. 38 y ss.-4), confirmó la proferida por el Juzgado. En esta oportunidad, para mantener el peculado, se volvieron a reiterar los puntos de vista ya referidos.

Ese fallo de segunda instancia fue impugnado en casación por los defensores de Franco Vargas y Durán Bolívar.

Las Demandas

Demanda a nombre de José Agustín Durán Bolívar:

1. Al amparo del numeral 3 del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, el actor sostiene que existe nulidad por errónea calificación del delito (art. 303 2 *ibidem*), pues éste "a lo sumo" sería hurto, pero no peculado. "La diferencia ontológica -dice el casacionista- que nos permite *distinguir* , en caso de duda, sobre si un reato, cometido en las condiciones descritas, lo es de hurto (delito que atenta contra el derecho de propiedad), o de peculado (delito que atenta contra la administración pública), está precisamente indicada en el artículo 133 del C. P., que dice: ..., pero si este bien, como en el caso presente, no se encuentra bajo su inmediata dependencia, no se le ha entregado por razón de sus funciones, no está encargado de administrarlo o cuestionarlo, etc., entonces el presunto delito de que se trate ya no es contra la administración pública" (fls. 63-4, destacado del original).

Repara en el hecho de que incluso se ofreció dinero a los vigilantes para que dejaran sacar el cable y enfatiza que todos en el proceso (a excepción del Tribunal) aluden a los hechos como un delito de hurto.

Recalca que en el delito de peculado el sujeto activo debe de algún modo administrar los bienes, al menos custodiarlos "en razón de sus funciones". Cita doctrina al respecto y se refiere a la disponibilidad jurídica o material, resaltando que para que se dé el peculado "basta con que puedan disponer legalmente de ellas", aludiendo a las cosas materia de dicha disponibilidad. Trae el actor la siguiente cita que al punto hace Nelson Hungría:

"Conceptualmente, la posesión preexistente debe haberse operado en razón del cargo; es decir, se hace necesaria una íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión. No basta que *lares* haya sido confiada *contemplatione officiae*: es necesario que su entrega al funcionario resulte de un mandato legal *ex vi legis* o, por lo menos, de una práctica inveterada, no prohibida por la ley. Si en la apropiación indebida la cosa es entregada voluntariamente, en el peculado la posesión o tenencia resulta de la confianza impuesta por la ley, como indispensable al cargo público ejercido por el agente. La confianza debe merecerla el agente, no por su cualidad genérica de funcionario público, sino por ser titular del cargo que lo hace competente, en el caso concreto, para el recibo y la consiguiente tenencia o posesión. Téngase en cuenta que la ley dice 'en razón del cargo', y no 'en razón del ejercicio de la función pública' " (fls. 70-4).

2. Como "segunda causal" invoca el actor la primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal nuevo. Aquí otra vez insiste en que se trata de un delito de hurto y no de peculado, y señala que los procesados "*no tenían* un poder jurídico directo, ya como administrador, custodia, guía o vigilante, del citado bien sustraído, o sea el cable, entonces estaremos como estamos frente a un delito muy distinto de aquel por el cual fueron llamados a juicio..." (fls. 73 vto -4).

Luego dice el casacionista que el procesado Durán Bolívar "fue injustamente utilizado y sin saber de que se trataba de un robo (hurto, u otro delito contra la propiedad), cumplió la orden, insinuación o servicio, a él indicado, de cuadrar la camioneta y manejarla hasta el lugar que le indicaron los otros empleados.. " (fl. cit.).

Se refiere a que "el soborno" a los vigilantes fue cometido por los otros dos procesados, e insiste en que se está en presencia de un delito de hurto y dice: "Se ha violado pues la ley sustantiva, artículos 349, 350 y 351 C. P., por falta de aplicación, y todo el Título Tercero, del Libro Segundo (arts. 133 y ss.) de la misma obra, al habérseles dado aquí aplicación errónea..." (fls. 74-4).

Pide entonces el casacionista que, en caso de prosperar el primer reparo, se decrete la nulidad a partir del auto del Tribunal que calificó el delito como peculado; o que, de no accederse a ello, "se digne dictar la sentencia que deba reemplazar", con base en el segundo.

Demanda a nombre de Robert Franco Vargas

Solicita el actor la nulidad del proceso con fundamento en el artículo 220.3 del Código de Procedimiento Penal. Como el anterior demandante en el cargo primero, sostiene que se debe dictar sentencia por el delito de hurto, no por el de peculado que contempla el fallo. Dice: "Al llevarse por los señores Franco Vargas y Durán Bolívar el carrete de alambre en el vehículo fuera de la esfera de propiedad de la Empresa de Teléfonos, consumó (sic) el punible de hurto, ya que la custodia, administración y disponibilidad jurídico-material se había encomendado a los Jefes de la empresa telefónica. Así lo

reconocen bajo juramento el jefe del Departamento de Electromecánica, ingeniero José Antonio Cuervo Páez, a quien se le había asignado administrativamente y en ejercicio de su cargo el *disponer el consumo* y utilización como su legítimo detentador. Es el señor ingeniero quien reclama por la forma irregular como se pretermitió la orden de salida escrita y realizada mediante el formato preestablecido para permitir el egreso de materiales de la central telefónica de Normandía" (fls. 85-4), y transcribe un documento (fls. 77 y 78-1) mediante el cual se entrega a Franco Vargas un material, estando de por medio la orden del mencionado ingeniero.

Más adelante (fl. 86), dice: "Si la función de reubicación con respecto al elemento hurtado y otros más se debió hacer dentro de las instalaciones de la bodega, pues se debía era trasladar los materiales dentro del mismo recinto, ello sí permitió el contacto físico con el cable sustraído pero en ningún evento puede asimilarse el contacto físico con el que se le hubiera entregado específicamente para realizar un trabajo o una movilización fuera de la Central...".

Estima que no basta tener la calidad de empleado oficial para que se torne viable hablar de peculado, pues "las exigencias normativas del delito están en abusar de la confianza pública que se tiene por el empleado oficial que se apropia de lo que se le ha entregado en posesión y tenencia en el ejercicio del cargo, al que es desleal e infiel", y enfatiza que eran los ingenieros Cuervo y Muñoz quienes "tenían verdaderamente la disponibilidad del material hurtado", y recalca que la función del vigilante era "la de impedir la salida del material" (fls. 87-4).

Solicita entonces que se decrete la nulidad "de todo lo actuado a partir del auto que confirma la negativa de variar la calificación jurídica provisional" (fl. 89).

Concepto de la Delegada y Consideraciones de la Corte

1. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene que el cargo de nulidad propuesto sale avante, ya que no existe delito de peculado sino de hurto (agravado por la confianza).

Se refiere a los contratos de trabajo de los procesados, al documento en el cual se dice cuáles eran las funciones de ellos para el día de los hechos, a las declaraciones de los ingenieros Cuervo Páez y Muñoz Gómez y a las rendidas por los vigilantes Ríos Gómez y Trujillo Oliveros, y anota que de todo ello "se desprende con claridad que la relación de estos procesados con los bienes de la Empresa, entre los que se encontraron los cables de los cuales se apropiaron, era solamente de carácter precario, físico o material, ya que no tenían sobre ellos *una disponibilidad jurídica* orientada al cumplimiento de unas funciones propias" (fl. 16 cuaderno Corte, destacado del original).

Señala que dentro de las exigencias del delito de peculado está la de que el sujeto activo "administre o simplemente custodie el bien que se le ha confiado por razón de sus funciones. Si no existe tal vínculo tampoco existiría tipicidad del peculado por apropiación" (fl. cit.).

Cita la sentencia de 18 de noviembre de 1980, dictada por esta Sala de Casación, en la cual se dice: "De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien, sino un vínculo en el que está comprometida la

administración pública, en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquélla sufre no solamente en su prestigio y dignidad sino en su poder de disposición del bien" (f. 17).

Realza el hecho de que los procesados tenían "funciones no autónomas en relación con los bienes de que se apoderaron" (f. 18), como que se requería autorización de los ingenieros citados, hasta el punto que trataron de sobornar primero (días antes de los hechos) al vigilante Trujillo Oliveros y luego a su homólogo Ríos Gómez. "Es evidente por sí mismo -dice la delegada- que si el medio para obtener los elementos fue el de pagar a los celadores de la bodega, ello significa que se carecía de todo poder de disposición de los mismos, y por tanto que no reúnen en sí la llamada disponibilidad jurídica de los elementos que tomaron.

Es obvio que la ofensa a la administración pública se produce, en el peculado por apropiación de bienes, cuando se perturba la capacidad o poder jurídico de disponer del patrimonio oficial, puesto que ello será la ruptura de las reglas de un buen servicio de la administración. El simple apoderamiento del bien, así sea oficial, es un delito de hurto si el agente no actúa con infidelidad al deber de administrar dichos bienes oficiales. Por ello se ha dicho que no es riguroso afirmar que la ofensa al interés jurídico de la administración pública se produzca por el apoderamiento de los bienes (que en ello coincide con el hurto) sino en el desapego a los deberes jurídicos de administrador del patrimonio estatal" (f. 18).

Solicita entonces la delegada la nulidad a partir del auto de 8 de noviembre de 1990, por medio del cual el Tribunal, al revisar por apelación el proveído calificatorio que por hurto había hecho el Juzgado 77 de Instrucción Criminal, lo modificó para acusar por peculado.

2. Primero que todo se impone a la Sala hacer dos observaciones sobre aspectos técnicos en la elaboración de los cargos:

a) Como los casacionistas citan indistintamente los Códigos de Procedimiento Penal anterior y nuevo, debe recordarse que el aplicable en este caso es el primero de ellos, por la fecha de la audiencia pública (fls. 112 y ss.-3), tal como lo dispone el artículo transitorio 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal;

b) En el cargo segundo, la demanda presentada a nombre del procesado Durán Bolívar es confusa y hasta contradictoria.

En efecto, del libelo no se desprende con claridad, ni se dice expresamente si el actor aduce una violación directa o indirecta de la ley sustancial, pues aunque en un principio parece que apuntara a la primera forma de violación, al entrarse a la crítica probatoria abandona ésta para introducirse en los linderos propios de la segunda.

Además, cuando se acepta que la conducta juzgada es típica pero se discrepa sobre su denominación jurídica, no puede acudirse a la vía de la causal primera, que necesariamente supone un fallo de sustitución que en este caso sería de imposible pronunciamiento, sino a la de la nulidad, como con acierto lo hizo el demandante en el cargo primero.

Dígase, por último, que tampoco es técnico invocar el mismo motivo a través de varias de las causales de casación, como se hace en la demanda que se comenta.

3. Pues bien: los contratos de trabajo que obran en autos (fls. 58 y ss.-1) y las declaraciones de los ingenieros José Antonio Cuervo Páez y Miguel Antonio Muñoz Gómez (fls. 71, 316, 73 y 318-1) verifican a cabalidad que los procesados eran, dos de ellos, ayudantes de electricidad, y el otro, conductor, y que, en esas condiciones, no administraban ni custodiaban el cable objeto de apoderamiento. En especial, los dos mencionados ingenieros son clarísimos en sostener que sin su firma no se podía legalmente sacar material alguno, resultando claro, pues, que ellos eran los que daban "la orden de salida" de dicho material. Tanto es así, que los procesados aprovecharon las horas en que no estaba Muñoz Gómez (jefe inmediato de ellos y quien labora en las mismas instalaciones de donde se sacó el cable) y ofrecieron dinero al vigilante Ríos Gómez (días atrás habían hecho lo propio con el vigilante Trujillo Oliveros) para que, dejándose "comprar", permitiera la salida del material. Ríos Gómez, como se sabe, permitió esa salida, dentro de un plan para descubrir y capturar a los ladrones, siendo por ello que dio inmediato aviso al DAS.

El Tribunal de Bogotá seguramente llegó a esta misma conclusión, esto es, a la de que los procesados, ni por razón de sus funciones o del cargo tenían disponibilidad sobre el cable sustraído.

Empero, el Tribunal se respalda para su tesis sobre la existencia de un peculado, en la orden que tenían los acusados para ese día. Ya se dijo anteriormente que ese 26 de octubre el ingeniero Cuervo Páez había ordenado a Franco Vargas y Ariza Romero "reubicar" el cable y otros materiales, labor que debían cumplir dentro de la misma bodega donde estos elementos se encontraban. Por lo que tiene que ver con el conductor Durán Bolívar, a él se le había fijado un "recorrido" determinado, dentro del cual obviamente que no estaba el traslado del cable, pues se repite que éste debía ser reordenado dentro de la misma bodega pero sin sacarlo de allí (fls. 49-1).

En cumplimiento de esa orden, pues, los procesados Franco Vargas y Ariza Romero entraron en un *contacto meramente físico y fugaz* con el cable, contacto éste que desde punto de vista alguno entraña una *disponibilidad* a su respecto. En esas condiciones jamás puede sostenerse la más breve *autonomía* de los acusados en relación con dicho material y, por tanto, jamás pueden catalogarse como sujetos activos del delito de peculado.

Vigilados como estaban, *sin poder por su propia iniciativa sacar de la bodega material alguno*, los procesados solamente debían reordenar el material y salir de la bodega una vez cumplida esta concreta labor. Si optaron por apoderarse del cable (luego de "sobornar" al vigilante), resulta sumamente claro que en relación con ese material se comportaron como "extraños", en el nítido sentido de que ni lo administraban ni lo custodiaban: en momento alguno la administración dejó a su cuidado ese cable, para que pueda hablarse que traicionaron la confianza que ello implica. Si esta aseveración es válida para los procesados Franco Vargas y Ariza Romero, con mucha mayor razón lo es respecto de Durán Bolívar, a quien nada se le había ordenado en relación con el cable.

Erróneamente calificado el sumario, se atentó indudablemente contra el debido proceso, pues frente a unos hechos, la justicia tiene la obligación de tipificarlos correctamente.

Al prosperar la nulidad que invocan los casacionistas (art. 305-2 C. de P. P.), la misma se declarará a partir, inclusive, del auto de 8 de noviembre de 1990 (fls. 21 y ss.-2), mediante el cual el Tribunal cambió de hurto a peculado la calificación dada a los hechos.

Si el delito de que trata este proceso, dadas su naturaleza (hurto) y su cuantía, ($1.020.250.00, que para la fecha de su comisión -26 de octubre de 1989- equivalía a más de 20 salarios mínimos legales mensuales), era de competencia de los Jueces de Circuito, de conformidad con las normas procesales para aquella época vigentes (art. 71.1 del Decreto 050 de 1987), razón por la cual la calificación del sumario correspondió hacerla a un juez de instrucción (art. 467 *ibidem*), es jurídico sostener que el recurso de apelación, que como consecuencia de la nulidad que se decreta quedará pendiente de resolución, debe desatarlo una autoridad judicial de una instancia superior a estos funcionarios (lo cual es inherente a dicho recurso), pero perteneciente a la Fiscalía General, que es la entidad a la cual el nuevo estatuto procesal (en desarrollo de normas constitucionales) le ha otorgado competencia para resolver todo lo atinente con el sumario y su calificación, tal como expresamente lo previó el artículo 12 transitorio de dicha normatividad, que a la letra dispone lo siguiente:

"Apelaciones contra la resolución de acusación. Las apelaciones que se hayan interpuesto contra la resolución de acusación al entrar en vigencia este Código se surtirán ante el superior jerárquico de la unidad de fiscalía que tenga competencia para investigar el delito en primera instancia".

En el caso *sub judice*, dicho funcionario no es otro que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a quien, de acuerdo con el artículo 125.2 *ibidem*, corresponde conocer de los recursos de apelación y de hecho, interpuestos contra las decisiones proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados ante los Juzgados del Circuito, Municipales y Promiscuos. A dicho funcionario, entonces, deberá remitirse, por intermedio del Tribunal de Bogotá este proceso, para que resuelva la apelación pendiente, lo cual deberá hacer de conformidad con lo expuesto por la Sala en este proveído.

Así las cosas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. *Casar* la sentencia impugnada.

2. *Decretar la nulidad* de lo actuado a partir, inclusive, del auto de 8 de noviembre de 1990, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá modificó la calificación jurídica dada a los hechos por el juzgador de primera instancia.

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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

Cuando se propone una colisión de competencia negativa, el pronunciamiento que le corresponde al juzgado al que le fue propuesta es: a) Avocar el conocimiento si se considera competente; b) No aceptar los planteamientos del colisionante, caso en el cual remite el proceso al superior que le corresponda dirimir el conflicto, mediante providencia en la que explique los motivos por los cuales considera que es incompetente. / Es apenas natural entender que si el funcionario, luego de que se plantea el conflicto, resuelve mediante auto avocar el conocimiento y dispone continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión número 8857.

Magistrado ponente, Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 99.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 19993.

Vistos

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto de competencias surgido entre los Juzgados Penal Municipal de Ubaté y Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá.

Antecedentes

1. La señora Graciela Rodríguez de García formuló denuncia penal en la ciudad de Santafé de Bogotá el día 29 de mayo de 1991 en contra del señor Carlos Rodríguez, por el delito de estafa.

2. Habiéndole correspondido por reparto el proceso al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de esta ciudad, dispuso abrir las diligencias de indagación preliminar, etapa preprocesal dentro de la cual practicó algunas pruebas, decidiendo ordenar la remisión de las mismas al Juzgado Penal Municipal de Ubaté, por competencia, proponiéndole colisión de competencias negativa.

3. El Juzgado Penal Municipal de Ubaté avocó el conocimiento ordenando llevar a cabo la indagación preliminar, y dentro de ella la práctica de algunas pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. Posteriormente ordenó remitir las diligencias al Juzgado Penal Municipal -reparto- de Santafé de Bogotá, por considerar que correspondió a un despacho de esta ciudad la competencia, proponiendo la colisión de competencia negativa en caso de que no se compartiera su determinación.

4. El Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal avocó el conocimiento, y procedió a practicar algunas pruebas, al cabo de las cuales envió el expediente al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal por haber éste conocido inicialmente de las mismas.

Recibido el expediente por el destinatario, procedió a solicitar al remitente que se pronunciara sobre la colisión de competencia negativa propuesta, ya que aún no lo había hecho.

5. Atendiendo esa petición, el Juzgado Penal Municipal de Ubaté se pronunció concluyendo que no era competente, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en Santafé de Bogotá, razón por la cual remitió el expediente a esta Corporación para que dirimiera la colisión existente.

Consideraciones de la Corte

De la actuación procesal consignada se desprende lo siguiente:

1. En una primera oportunidad, el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de esta ciudad remitió el expediente al Juzgado Penal Municipal de Ubaté, proponiéndole la colisión de competencia negativa; ese despacho al recibir las diligencias ordenó mediante providencia de mayo 26 de 1992 lo siguiente:

"Antes de proceder a dictar auto cabeza de (sic) proceso se ordena llevar a cabo indagacion preliminar de acuerdo con lo estipulado en los artículos 341 y 346 del C. de P. P., para que dentro del término allí indicado se practiquen las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos" (fol. 18 C. Principal).

Al haber ordenado la práctica de algunas diligencias dentro de la etapa de indagación preliminar, el Juzgado Penal Municipal de Ubaté avocó el conocimiento del proceso, con lo cual quedó resuelto el conflicto inicialmente propuesto.

Cuando se propone una colisión de competencia negativa, el pronunciamiento que le corresponde al Juzgado al que le fue propuesta es:

a) Avocar el conocimiento si se considera competente;

b) No aceptar los planteamientos del colisionante, caso en el cual remite el proceso al superior que le corresponda dirimir el conflicto, mediante providencia en la que explique los motivos por los cuales considera que es incompetente.

Resulta claro que si el Juzgado Penal Municipal de Ubaté ordenó continuar con las diligencias, estaba avocando el conocimiento, aceptando que era el competente, y en consecuencia dando por terminada la colisión inicialmente propuesta.

2. El conflicto de competencia propuesto posteriormente por el Juzgado Penal Municipal de Ubaté -auto de 15 de julio de 1992- desapareció cuando el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal avocó el conocimiento -auto de 29 de julio de 1992-.

3. Ante lo anterior es evidente que se equivocaron los Juzgados Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá y el Penal Municipal de Ubaté, al solicitar el primero que se pronunciase el segundo sobre la colisión propuesta anteriormente, y el segundo al remitir el expediente a esta Corporación. Olvidaron los dos funcionarios judiciales que esa colisión de competencia ya había finiquitado, toda vez que el Juzgado Penal Municipal de Ubaté había avocado el conocimiento, por lo que en esta instancia procesal no se han cumplido los presupuestos para predicar la existencia del conflicto de competencia.

Estos requisitos los ha resumido la Sala en diversas oportunidades así:

" 'a) Cuando se trata de la llamada colisión negativa es preciso que el funcionario que está adelantando el proceso, al estimar que no es competente para continuar conociendo de él, lo remita a aquel que considere que es el competente, explicando, mediante auto, los motivos que fundamentan su posición;

" 'b) El funcionario a quien se remita lo recibe y analiza los motivos expuestos por quien se declaró incompetente; si no los acepta remite el proceso con el auto explicatorio al superior para que éste decida si admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente, dispone mediante auto continuar con el conocimiento del proceso;

" 'c) Que uno y otro funcionario observen el procedimiento señalado por la ley para tramitar en debida forma el impedimento, y

" 'd) Que la disparidad de criterios en torno a la competencia se presente respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación o estado procesal' " (autos de marzo 11/87; octubre 14 y diciembre 7/88; abril 14 y 20/89, junio 24/92 y marzo 3/93).

Es apenas natural entender que si el funcionario, luego de que se le plantea el conflicto, resuelve mediante acto avocar el conocimiento y dispone continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente.

Si el Juez Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá considera que no es el competente, deberá proponerle una colisión de competencia negativa al Juez Penal Municipal de Ubaté, señalando los motivos que actualmente tenga para ello, toda vez que al momento en que el Juez Penal Municipal de Ubaté avocó el conocimiento del proceso puso fin a la colisión anteriormente propuesta.

De manera que en este momento no se ha trabado en debida forma el conflicto de competencias, por lo que la Corte se abstendrá de dirimirlo disponiendo la devolución del expediente al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de esta ciudad, para que si a bien lo tuviere proponga la colisión y a ésta se le dé el trámite procesal correcto.

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

RESUELVE:

1.*Abstenerse* de decidir en el presente asunto por las razones expuestas en la parte motiva.

2.*Devuélvase* este proceso al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá para los efectos indicados.

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.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / ANTECEDENTES / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El numeral segundo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal establece como requisitos para otorgar el beneficio de libertad provisional los mismos del artículo 72 del Código Penal; es decir, cuando el procesado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer al juez fundadamente su readaptación social. / Igualmente el artículo 248 de la Constitución Nacional consagra que "únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales". / No solamente debe tenerse en cuenta el aspecto cronológico; es decir, que se hayan descontado las dos terceras partes de la pena, ya que ello equivaldría a desconocer el sentido y alcance del artículo 72 del Código Penal, sino que dicha disposición apunta así mismo a que quien pretende ser liberado provisional o condicionalmente haya observado buen comportamiento anterior al hecho que se le imputa y durante el período en reclusión, pues sólo así puede el juzgador valorar su personalidad, para declarar la viabilidad o no del beneficio reclamado. / La presunta inocencia y posibles irregularidades en el adelantamiento de la investigación no puede la Corte atenderlos en un incidente de libertad, pues sólo ello es posible al momento de proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario de casación, en el evento de prosperar las demandas presentadas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8485.

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 099.

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 1993.

Vistos

Los procesados Orlando Ibáñez Londoño y Alvaro Romero Salinas, quienes se hallan recluidos en la Cárcel del Circuito Judicial de Facatativá, interpusieron recurso de

reposición contra la providencia de fecha 7 de los corrientes mes y año, mediante la cual se les negó el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en razón a sus antecedentes judiciales y contravencionales.

Al recurso se dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se procede a decidirlo.

Fundamentos del Recurso

En escrito presentado ante la Asesoría Jurídica de la Cárcel del Distrito Judicial de Facatativá, los procesados Ibáñez Londoño y Romero Salinas, para solicitar la revocatoria de la providencia dictada por la Sala el 7 de los presentes mes y año, ponen de presente que ya cumplieron las dos terceras partes de la condena impuesta en los fallos de instancia; no haber sido detenidos por otro asunto distinto y, finalmente, por considerarse inocentes de los hechos que se les imputan, pues en autos se halla establecido que los responsables son Campos Elías Carvajal, Mauricio Ruiz y Roberto Ibáñez, a más que se cerró la investigación sin haber llamado a declarar a las personas que podía probar su inocencia.

Consideraciones de la Corte

La Sala en providencia del 7 de los corrientes mes y año negó a los recurrentes el beneficio de libertad provisional en razón a que "...contra los peticionarios habían recaído fallos condenatorios, en los que se les otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional y durante el período de prueba volvieron a delinquir, es claro que su personalidad se muestra contraria a los postulados del artículo 72 del Código Penal a más que por sus antecedentes penales y contravencionales, la Corte no puede afirmar su readaptación social que les permitiera gozar del beneficio de libertad provisional...".

El numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal establece como requisitos para otorgar el beneficio de libertad provisional los mismos del artículo 72 del Código Penal; es decir, cuando el procesado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer al juez fundadamente su readaptación social.

Igualmente el artículo 248 de la Constitución Nacional consagra que "Unicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

Si bien es cierto que los recurrentes cumplen a cabalidad con el primero de los presupuestos del artículo 72 del Código Penal, es decir, las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, también lo es que registran antecedentes que hacen improcedente el beneficio reclamado.

En efecto: con relación al procesado Ibáñez Londoño, no solamente se le ha condenado en tres oportunidades, dos de ellas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay, por delitos contra el patrimonio económico y la otra por el Juzgado Primero

Penal de Circuito de Facatativá, antecedentes judiciales que indudablemente impiden a la Corte suponer fundadamente su readaptación social.

Ahora bien, contra Romero Salinas pesa igualmente una sentencia condenatoria ejecutoriada, dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cachipay, a la pena privativa de la libertad de 28 meses de prisión, por el delito de hurto, la que también constituye antecedente judicial.

Entonces, ante la ausencia de uno de los requisitos que exige la ley para el otorgamiento del beneficio de libertad provisional, no puede prosperar el recurso de reposición presentado por los procesados Orlando Ibáñez Londoño y Alvaro Romero Salinas, pues no solamente debe tenerse en cuenta el aspecto cronológico; es decir, que se hayan descontado las dos terceras partes de la pena, como lo pretenden los recurrentes, ya que ello equivaldría a desconocer el sentido y alcance del artículo 72 del Código Penal, sino que dicha disposición apunta, así mismo, a que quien pretende ser liberado provisional o condicionalmente, haya observado buen comportamiento anterior al hecho que se le imputa y durante el período en reclusión, pues sólo así puede el juzgador valorar su personalidad, para declarar la viabilidad o no del beneficio reclamado.

Si los peticionarios no han estado detenidos por otros asuntos, no ha sido por inexistencia de causas en su contra, sino porque dentro de ellas se les otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional; es decir, se comprometieron a no delinquir durante el período de prueba. La nueva imputación y el consecuente fallo condenatorio ponen de presente el incumplimiento de sus obligaciones y, por lo mismo, la improcedencia de la excarcelación que se demanda.

Finalmente, su presunta inocencia y posibles irregularidades en el adelantamiento de la investigación no puede la Corte atenderlas en un incidente de libertad, pues ello sólo es posible al momento de proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario de casación, en el evento de prosperar las demandas presentadas.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia de fecha 7 de octubre del año en curso, que les negó a los procesados Orlando Ibáñez Londoño y Alvaro Romero Salinas el beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION / SANA CRITICA / PERITAZGO / FALSEDAD / JUEZ / PRUEBA / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

No es potestativo sino obligatorio para un juez proferir resolución de acusación una vez que el proceso arroja los presupuestos que él establece. Posteriormente circunscribe las bases de tal determinación a dos aspectos: el primero, que el hecho investigado se adecue a una de las descripciones del estatuto penal; y el segundo que al menos haya un testimonio digno de credibilidad o indicios graves de la responsabilidad del implicado. / Son dos fases del fenómeno delictual que si bien concurren para revelar si alguien ha infringido la ley penal, son perfectamente diferenciables. / En materia penal el legislador otorgó al juez plena libertad probatoria. / La prueba pericial no es la única vía que tiene la capacidad de demostrar la alteración de la verdad en un documento. / El hecho de que la falsedad no se haya cometido a través de la imitación de las firmas no significa que la falsedad desaparezca o resulte inocua. / La responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código. / El hecho de revisar un pronunciamiento del inferior jerárquico para modificar las decisiones allí adoptadas, sin dar los fundamentos de esa determinación, sin desvirtuar las bases probatorias o conceptuales que sustentaban aquel proveído, aportando argumentos contradictorios, desconociendo la realidad procesal puesta a su consideración, no permiten admitir que es un comportamiento inocente ni una equivocación de aquellas en las cuales puede incurrir cualquier juez, como ser humano que es, pues la Sala no desconoce que en la función de administrar justicia, como en cualquier otra actividad humana, es posible incurrir en equivocaciones, errores, faltas; y de ello ocurre y está previsto constitucional y legalmente, porque el fundamento de la segunda instancia es la existencia de un funcionario de superior jerarquía que corrija esas faltas, errores y equivocaciones en que pueda incurrir otro que le está funcionalmente subordinado. El igual origen puede señalarse a todas las vías legales de defensa, a los recursos ordinarios y extraordinarios, a los incidentes, las nulidades, etc. / No obstante aquel error que consiste en proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, con la conciencia de esa contrariedad normativa, constituye el delito de prevaricato. / La recta administración de justicia es una de las más delicadas misiones que pueda cumplir un ser humano y que, evidentemente, la sociedad entrega en manos de personas que ha evaluado como de intachable conducta. Delinquir en ejercicio de tal deber le resta credibilidad a la organización estatal. Por todo ello, se justifica la mayor severidad de la justicia con los jueces en comparación con los ciudadanos comunes. / La efectividad de la suspensión

de la ejecución de la condena está sujeta a que los sentenciados suscriban una diligencia en que se comprometan a informar todo cambio de residencia, a ejercer profesión u ocupación lícitos, presentarse cada dos meses ante el juez y, en general, observar buena conducta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica instancia. Número 5186.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 98 (X-27-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 28 de octubre de 1993

Vistos

Realizada la audiencia pública dentro de la causa que se adelanta contra los ex Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Julián Urbina Ospino y Carlos Adolfo Henríquez Castillo, procede la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, a dictar la sentencia correspondiente.

El doctor Julián Urbina Ospino es natural de Mompox (Bolívar), nació el 10 de febrero de 1941, se identifica con la cédula de ciudadanía número 7400927 expedida en Barranquilla, abogado de la Universidad del Atlántico, con tarjeta profesional número 8598 del Ministerio de Justicia, hijo de Julián Urbina y Ana Leonor Ospino de Urbina, casado con Shirley Armella de Urbina, tiene cinco hijos.

El doctor Carlos Adolfo Henríquez Castillo nació el 26 de febrero de 1931 en Manatí, departamento del Atlántico, se identifica con la cédula de ciudadanía número 2403592 expedida en Cali, abogado de la Universidad del Atlántico, con tarjeta profesional número 9646 del Ministerio de Justicia, hijo de Emilio Gustavo Henríquez y Zoila Esther Castillo de Henríquez; casado con Elvira Perea Rodríguez de Henríquez, tiene dos hijos.

Hechos

En pronunciamiento anterior se sintetizaron los hechos que originaron este proceso, como a continuación se transcribe:

"El 5 de junio de 1987 la doctora Gloria González de Gutiérrez presentó dos demandas ejecutivas ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, que se hallaba de reparto, dirigidas contra la Caja de Previsión Social Departamental y contra el Departamento del Atlántico. La primera, instaurada a nombre de Manuel Echeverría, repartida al Juzgado 5º fue enviada al 1º; y la segunda promovida en representación de Yala Fontalvo Fontalvo y otros, asignada al último de los despachos mencionados, fue remitida a aquél.

"El Juez 5º Laboral del Circuito, invocando amistad con uno de los demandantes, se declaró impedido para conocer de la demanda de Yala Fontalvo y otros; pero cuando

se disponía a darle trámite al incidente, se presentó en su despacho la doctora Mariela Vargas Prentt, quien bajo la gravedad del juramento manifestó que el poder que aparecía otorgando su padre Luis Carlos Vargas Bolívar tenía fecha de presentación personal ante el Juzgado 8º Laboral del Circuito del 1º de septiembre de 1985, día para el cual ya había fallecido. Igualmente aseguró que la firma que como de su padre aparecía en ese documento no se parece a la que él utilizaba, y que las prestaciones reclamadas para él, en parte habían sido canceladas por la Caja de Previsión. Para respaldar su dicho adjuntó fotocopia de la cédula de ciudadanía y del registro de defunción de su progenitor..

"Al día siguiente de recibida la declaración anterior, la abogada demandante solicitó al Juzgado 5º Laboral la devolución de la demanda y sus anexos, pero el titular del despacho no accedió y en su lugar puso los hechos en conocimiento de la justicia penal. Por otra parte, la demanda de Manuel Echeverría sí fue retirada del Juzgado 1º Laboral.

"Con base en los datos anteriores, el Juzgado 9º de Instrucción Criminal inició la investigación llegando a establecer que quienes figuraban como demandantes en el libelo presentado ante el Juzgado 5º Laboral no habían conferido mandato a la doctora González de Gutiérrez; en consecuencia, no habían efectuado la presentación personal del poder, la firma que apareció en dichos documentos no correspondía a la que ellos utilizaban, en la mayoría de los casos el número de cédula no coincidía con el verdadero, y algunas de las prestaciones a reclamar ya habían sido pagadas.

"A la investigación fueron vinculados la doctora Gloria González de Gutiérrez, apoderada demandante; Trinidad Consuelo Domínguez Donado, secretaria del Juzgado 8º Laboral, oficina que repartió las demandas y en donde supuestamente se efectuaron las presentaciones personales de algunos de los poderes, y Oscar Ibáñez de Alba, empleado del Juzgado 6º Laboral, despacho del cual también aparecen constancias de presentación personal de algunos poderes. Debe anotarse que a este procesado se le vinculó después de dictado el primer calificatorio que dispuso la reapertura de la investigación.

"Al calificar el sumario por segunda vez, el juzgado instructor decidió dictar resolución acusatoria contra Gloria González de Gutiérrez por los hechos punibles de fraude procesal en grado de tentativa y por favorecimiento; dictó medida de aseguramiento de caución contra Oscar Ibáñez de Alba por los delitos de falsedad en documento privado, abuso de autoridad y favorecimiento; y respecto de Consuelo Trinidad Domínguez Donado dispuso cesar el procedimiento 'porque el hecho que se investiga, ella no lo cometió'.

"Para resolver la apelación que contra la segunda providencia calificatoria interpusieron los defensores de los encausados, la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, conformada por los doctores Julián Urbina Ospino, Carlos Adolfo Henríquez Castillo y Luis Peñaranda Stegman, con salvamento de voto del último, mediante providencia de 29 de junio de 1989 revocó la resolución de acusación proferida contra la doctora González de Gutiérrez para disponer la cesación de procedimiento adelantado contra ella; también revocó la medida de aseguramiento impuesta a Oscar Ibáñez de Alba y en su lugar dispuso la reapertura de la investigación; y finalmente, confirmó la cesación de procedimiento que favoreció a Consuelo Trinidad Domínguez Donado.

"El 6 de julio de 1989, en la Procuraduría General de la Nación se recibió un escrito, supuestamente firmado por Roberto López Ancinez, identificado con cédula de ciudadanía número 8709972 de Barranquilla, solicitando al Delegado para la Vigilancia Judicial la investigación del delito de prevaricato cometido por el Tribunal Superior de Barranquilla al revocar el llamamiento a juicio que el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal había proferido contra la abogada Gloria González de Gutiérrez.

"La Delegada para la Vigilancia Judicial, basándose en algunas diligencias recaudadas, concluyó que no había mérito para abrir investigación disciplinaria contra los Magistrados Urbina Ospino y Henríquez Castillo, pero ante la posibilidad de que se hubiera cometido un delito de prevaricato, remitió copia de la actuación a la Corte".

Acusación

Por virtud del procedimiento vigente por entonces, correspondió a esta misma Sala calificar el mérito de esta investigación, deber cumplido en proveído del 27 de febrero de 1992, mediante el cual se dictó resolución de acusación contra los ex Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Julián Urbina Ospino y Carlos Adolfo Henríquez Castillo, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

En aquella oportunidad se concretó y fundamentó el cargo en el hecho de que al conocer en segunda instancia del auto que calificó la investigación adelantada contra la doctora Gloria González de Gutiérrez, Trinidad Consuelo Domínguez Donado y Oscar Ibáñez de Alba, los funcionarios judiciales procesados se apartaron de la verdad procesal revelada por la prueba recaudada con respecto al delito de falsedad. Para esos efectos esta Sala se adentró en el análisis probatorio de aquel proceso, que en copia hace parte de éste, y dedujo los siguientes elementos de convicción e indicios, que imponían una decisión distinta de la adoptada por mayoría en el calificatorio proferido el 29 de junio de 1989, así:

"1. Los poderes fueron elaborados en papel membretado con el nombre de la abogada Gloria Isabel González.

"2. La misma abogada firmó debidamente tanto los poderes como las demandas.

"3. Los memoriales fueron elaborados en la máquina de escribir que la profesional procesada tiene en su hogar, según lo demuestra la experticia grafológica.

"4. El retiro de las demandas repartidas al Juzgado Primero Laboral, y el intento de hacer lo mismo con las asignadas al Juzgado Quinto Laboral, una vez que la abogada se enteró de que el fraude había sido descubierto.

"5. No haber aportado a la investigación los documentos que se retiraron de los estrados judiciales, lo que permite concluir lógicamente que también eran espurios.

"6. De los cuarenta y cinco poderes que quedaron en manos de la justicia, haber presentado veinte en el Juzgado Sexto Laboral y veinticinco en el Juzgado Octavo Laboral.

"7. El hecho de que Oscar Ibáñez y Consuelo Trinidad Domínguez fueran empleados de los citados despachos.

"8. Ser el primero de los nombrados antiguo subalterno de la procesada González y la otra amiga y conocida.

"9. La aceptación de Ibáñez de haber efectuado las presentaciones personales de los documentos falsificados y el reconocimiento que hace la Domínguez de los sellos pero no la letra ni la firma que en ellos aparecen.

"10. Los diecisiete testigos que dicen no conocer a la abogada ni haberle dado poder; la no coincidencia de los números de las cédulas, en algunos casos; y la negación de haber concurrido a los juzgados a efectuar la presentación personal de los poderes.

"11. La existencia de un poder proveniente de un mandante fallecido varios meses antes de haber sido otorgado.

"12. El testimonio concordante de las dos coprocesadas en el sentido de haber estado la secretaria en la casa de la abogada con motivo de un enfermedad del marido de la segunda.

"13. La discrepancia entre esas mismas versiones respecto a la existencia de una amistad entre las dos, al recibo de los documentos por la abogada, y la elaboración mecanográfica de ellos por parte de la empleada judicial.

"14. El dictamen grafológico que revela que las grafías estampadas en el sobre de manila aportado por la González corresponden a la escritura de la funcionaria.

"15. Alteración del reparto de las demandas para que las que legalmente correspondían al Juzgado Primero Laboral hubieran sido entregadas en el Quinto.

"16. La existencia de poderes elaborados con muchos meses de antelación a la fecha de su presentación, lo que controvierte la coartada de la González cuando asegura que todo fue cuestión de unos días y todo elaborado en la misma fecha.

"17. El indicio que surge lógicamente de la práctica imposibilidad de que alguno de los cuarenta y cinco poderdantes hubiera entrado en contacto con la abogada antes del otorgamiento de los poderes o después de presentadas las demandas, y que ello no hubiera despertado sospechas en la profesional, con vasta experiencia en el campo laboral, tanto como funcionaria de la justicia y como litigante".

La Causa

En el fragmento probatorio de juzgamiento, previa petición del procesado, como único elemento adicional de convicción, se amplió la indagatoria del doctor Julián Urbina Ospino, quien complementó las explicaciones de su versión inicial, para concretar los motivos jurídicos que fundamentaron la decisión que se tacha de prevaricadora.

En consecuencia, argumentó que no se demostró la tipicidad de la falsedad material en documento, porque el instructor en ese proceso omitió ordenar la experticia grafológica, como lo disponían los artículos 260 y 388 del estatuto procesal vigente entonces, los cuales ordenaban "perentoriamente" al juez acudir a asesores especializados o a peritos, cuando tratare de establecer hechos que corresponden a otras artes o ciencias. Así mismo adujo que sin perjuicio de la libertad de prueba consagrada en el artículo 254 *ibidem*, "al

juez le corresponde elegir entre los diversos medios de pruebas admitidos por la ley" debiendo prevalecer unos sobre otros para demostrar determinado hecho; por ello, en un delito de falsedad material en documento, como el que fue objeto de investigación, la pericia grafológica era la prueba por excelencia para demostrarlo, "la que debía referirse a todos los documentos tildados de espúreos (sic) y a todos los sindicados o procesados, señalados como sospechosos de ser los posibles autores".

Como no se efectuó el examen comparativo entre las grafías de los implicados con las que aparecían en los poderes, ni la de los declarantes que negaron haberlos suscrito, no se podía afirmar ni que se había demostrado el reato de falsedad material, ni que los sindicados eran los autores.

De igual forma el procesado sostiene que la falsedad de los poderes no se podía demostrar con la sola negativa de las personas a quienes se les atribuía, porque esto sólo lo establecía la pericia; sin que constituya imposible físico o moral que algunos de los declarantes sí hubieran otorgado el poder, habiendo negado el hecho al verse "descubiertos".

El procesado se concreta a la situación del difunto Luis Carlos Vargas Bolívar para resaltar que quien con ese nombre se presentó a efectuar la presentación personal del poder exhibió una cédula con número distinto al del fallecido, por lo que perfectamente podría haberse tratado de un homónimo; por esa razón no operaba la prueba del deceso de Vargas Bolívar.

Estima el ex funcionario que la Corte le concede razón a la necesidad del peritaje, cuando en la providencia acusatoria destaca que después de recibírsele declaración al señor Roberto López Ancinez, que aparece como denunciante, y ante su negativa de ser autor del escrito de denuncia, se le sometió a prueba grafológica.

Audiencia Pública

El pasado 23 de junio se llevó a cabo el debate público de esta causa, en el cual intervinieron los sujetos procesales en el siguiente orden:

Delegado de la Fiscalía General de la Nación

Para fundamentar el análisis que lo lleva a compartir la resolución de acusación proferida por esta Sala de la Corte, el Fiscal Delegado resalta que la providencia censurada contiene un razonamiento contradictorio, anárquico e inexpresivo, porque en la relación de los hechos reconoce la existencia de unas falsedades documentales y en otros apartes concluye que tal falsedad no se demostró; también porque inicialmente anunció que habría de estudiar la prueba allegada, pero finalmente evade la apreciación del cúmulo de testimonios, las experticias y los indicios, con el pretexto de que la falsedad sólo se puede demostrar a través del peritaje.

De su parte, el Acusador manifiesta que en virtud de la libertad de apreciación de la prueba, desde los puntos de vista técnico y científico, la falsedad documental se puede demostrar válida y eficientemente por medios distintos al de la peritación y por ello los acusados debieron valorar los elementos de convicción allegados, que eran de naturaleza esencialmente testimonial.

De otro lado, el delegado del fiscal rebate las explicaciones que en ampliación de indagatoria rindiera el doctor Julián Urbina Ospino, aclarando que la designación de expertos, consagrada en los artículos 260 y 388 del C. de P. P. anterior, y a partir de la comprensión semántica de las expresiones "podrá" y "si el juez lo considera necesario", son inflexiones verbales, una facultativa y la otra potestativa, mas no perentorias, como las califica el procesado.

De la misma manera el representante de la Fiscalía descarta la hipótesis de que la decisión fue el fruto de un trabajo de interpretación, pues ésta "tiene sentido para insertar la norma en un contexto sistemático y, por tanto, para superar oscuridades y obviar contrasentidos".

El acusador pone de manifiesto la conciencia de la impunidad que se garantizaba con la decisión prevaricadora citando el párrafo de ese pronunciamiento en donde la Sala lamenta el resultado del proceso. Así mismo relieva la conciencia de la ostensible ilegalidad de la determinación, puesta en evidencia en la lucha de criterios afrontada en tres sesiones, contra el criterio del Magistrado Luis Peñaranda Stegman, que salvó el voto afirmando que se habían tipificado la falsedad documental y el fraude procesal.

Por lo demás, el fiscal acusador elimina la racional posibilidad de que concurriera en los procesados la ignorancia o el error, dada su extensa experiencia profesional como funcionarios judiciales y como catedráticos, lo que une a la "inexpresiva motivación de la providencia" para señalar el alto grado de conciencia que concurrió en la violación de la ley sustancial y en la lesión de un bien jurídico: el de la administración pública por una incorrecta administración de justicia.

De lo anterior, el Fiscal Delegado concluye que ha concurrido en este proceso la certeza objetiva fundada en motivos reales y en la razón, demostrando que los doctores Urbina y Henríquez no cumplieron con su tarea y prevaricaron, para lo cual demanda sanción.

Procurador Primero Delegado en lo Penal

El Delegado de la Procuraduría corrobora la acusación y para ello inicia su intervención manifestando que la providencia reprochada expresa "una voluntad consciente de faltar al deber que se tenía frente al proceso penal", pues su contenido conceptual implica la voluntad negativa del deber.

En el empeño de sustentar sus argumentos el Delegado del Ministerio Público repasa las incidencias fácticas del proceso, destacando que los procesados, a referirse al cúmulo de demandas presentadas ante los despachos laborales, se refirieron al "petate" y al "mamotreto", de donde deduce que el tono despectivo indicaba que se trataba de una maniobra ilícita. En igual forma comenta las alusiones que hace el proveído criticado a la conducta de Trinidad Consuelo Domínguez Donado, que la señalan como autora del petate o mamotreto, no obstante lo cual es favorecida con casación de procedimiento. Para este funcionario lo argumentado "revela que el razonamiento fue amañado y sofístico para ir contra la ley".

Prosigue el Procurador Delegado expresando que la providencia escrutada sostiene en forma rotunda la falsedad ideológica conectida en la maniobra y sólo la utiliza para

descartar la comisión de otros hechos punibles, pero nada resuelve concretamente respecto de ella, pues, conforme lo indica la lógica, se debió concluir que se había cometido falsedad ideológica y que se debía procesar al autor. A la vez, comenta expresiones contenidas en el proveído analizado como aquella que pone al señor Ibáñez en el vórtice de la tormenta y la que expresa que no podían ponerse a llorar por la impunidad, dada la resolución que habrían de tomar; y critica no se hiciera un análisis sobre el tema planteado de la tentativa en el fraude procesal.

El Procurador considera que el aspecto del dolo se ve muy claro; una vez conocidos los hechos y repasada la providencia, se encuentra su contrariedad, el absurdo que conduce a la conclusión de que frente a la ley se profirió de mala fe, estructurando el delito de prevaricato.

Por otra parte, menciona que no era necesaria la prueba grafológica para demostrar la falsedad por cuanto se contaba con otros elementos de juicio; y acude al salvamento de voto del doctor Peñaranda Stegman para afirmar la voluntad consciente y libre de los Magistrados de faltar a su deber.

De todo lo anterior la representación del Ministerio Público termina solicitando se profiera sentencia condenatoria.

Procesado doctor Julián Urbina Ospina

El implicado reitera su criterio de que la tipicidad de la falsedad no se demostró porque no se hizo la prueba grafológica, en la interpretación del artículo que consagra la amplitud probatoria.

Aludiendo a la intervención del Procurador Delegado, el doctor Urbina Ospina aclara que los términos petate y mamotreto fueron expresiones utilizadas por el *a quo* y que al copiarlas faltó plasmar el respectivo sic. También aduce que los argumentos del salvamento de voto no decían mayor cosa, ni daban pauta para examinar la providencia de otra manera.

Procesado doctor Carlos Adolfo Henríquez Castillo

El inculpado intervino en el debate público dando lectura al escrito que anexó, en el cual plantea su total inocencia en el delito que se le imputa, por cuanto su conciencia y su voluntad jamás estuvieron comprometidas en la violación de norma penal alguna.

Critica al Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando al conceptuar para la calificación argumentó que se perseguían propósitos oscuros y sin embargo no enunció cuáles eran éstos. Expresa que al ser que delinque conscientemente lo impulsa la afectividad o la animadversión o algún beneficio material, pero nada de eso lo movió a firmar la providencia por la cual se le juzga, como tampoco pasó por su mente atentar contra la administración pública.

Su proceder obedeció a un criterio interpretativo, con una conciencia clara de que procedía justamente y para tal afirmación se apoya en la jurisprudencia de la Sala. No conoce a la doctora Gloria González de Gutiérrez, ni tiene trato con los subalternos implicados. No fue movido por interés alguno, ni aún siendo amigo de la doctora Mariela Vargas Prentt.

Admite que efectivamente la adulteración de un documento no sólo puede demostrarse mediante experticia grafotécnica, pero en el caso decidido por ellos, ninguno de los procesados admitió ser el autor de las firmas plasmadas en los poderes; entre la prueba testimonial no encontraron una sola declaración que dijera que la doctora González había sido vista suplantando las firmas o presentando los poderes; la contradicción entre el subalterno judicial y los presuntos poderdantes debió despejarse con el cotejo de firmas, como lo había ordenado el instructor en la reapertura de la investigación.

Afirma que la Corte acudió a la deducción para probar la falsedad del poder de Luis Carlos Vargas Bolívar, pero que la deducción no es un medio de prueba y aun así debía acudirse al cotejo de las firmas de los procesados con las de los poderes.

El simple uso de documentos privados, conocida su falsedad, configura otra infracción penal: el delito de fraude procesal; pero partiendo del presupuesto de la falsedad del poder. Y como no estaba probado el sujeto activo de la falsificación, mal podía haberse tipificado el delito contemplado en el artículo 221 del C. P.

Agrega el implicado que el cuestionamiento de la autenticidad de los poderes no probaba ni la falsedad de la presentación personal ni la de las firmas en los poderes. Y por tratarse de la autenticidad de documentos privados, se remite al artículo 293 del C. de P. C., que reglamenta la forma de demostrar la autenticidad o falsedad, a través de un cotejo de letras o firmas.

Continúa el ex funcionario argumentando que si bien no hay exclusividad en los medios de prueba señalados por la ley, algunos son de utilización preferencial dada la naturaleza del hecho y en el caso de la falsedad en documento privado la ley establece un procedimiento a seguir, por lo que necesariamente debía acudirse al medio de prueba idóneo por la naturaleza del hecho cual era la pericia grafológica.

Asegura que interpreta el artículo 254 del C. de P. P. entendiendo que el juez puede preferir un medio probatorio idóneo para demostrar un hecho; siendo a este punto a lo que se refiere la libertad de prueba, lo que concuerda con el precepto del artículo 260 del mismo estatuto, y lo que justifica la clasificación de pruebas contenida en el procedimiento penal. Ejemplifica su tesis con dos casos.

De lo anterior concluye que "si existe una exigencia normativa para probar la falsedad documental", aserto que apoya en lo dispuesto por los artículos 258, 260, 266 y 388 del estatuto procesal.

Vuelve el acusado sobre el argumento de la falsedad en el poder otorgado por el señor Vargas Bolívar, para señalar que el acta de defunción no constituye plena prueba de la falsedad material porque no revela el autor de la falsificación. Y pone en tela de juicio que se haya probado en el proceso que quien efectuó la presentación personal con su número de cédula sea el mismo Vargas Bolívar fallecido; pues el instructor no acudió a una inspección judicial a fin de establecer en la Caja de Previsión Departamental si el único jubilado con el nombre de Luis Carlos Vargas Bolívar es el mismo que falleció, porque ésta y otras incidencias dan lugar a pensar en un homónimo, como que el número de la cédula de quien se presentó al Juzgado es distinto del padre de la doctora Vargas Prentt, quien duda sobre la firma que aparece en el poder cuando manifiesta que no se parece a la rúbrica

que usaba su progenitor. Además de que tampoco se indagó en la Oficina de Registro a quién pertenecía ese otro número de documento de identificación.

El encausado fundamenta su criterio sobre la necesidad de la prueba grafológica en las siguientes circunstancias que concurrían al proceso:

a) Los poderes reputados de falsos contenían una atestación de autenticidad proveniente de un empleado del Estado;

b) Dicha autenticidad la pusieron en duda 17 poderdantes, diciendo que no otorgaron poder a nadie, que las firmas no corresponden a las de ellos y que no efectuaron la presentación personal;

c) Existiendo tres procesados no se sabía exactamente quién de los tres fue el autor de la presunta falsificación;

d) La procesada Trinidad Consuelo Domínguez dijo que los sellos en los cuales aparecían las notas de presentación personal se parecían a los del juzgado donde laboraba, pero que la letra y la firma de ella habían sido falsificadas;

e) El medio idóneo para resolver la tacha de falsedad propuesta por los presuntos poderdantes era la prueba pericial, y

f) El art. 388 del C. de P. P. establece imperativamente el procedimiento a observar en caso de falsedad en documentos.

A continuación el implicado se refiere a los 17 indicios que dedujo la Resolución Acusatoria, puntualizando que están encaminados a demostrar la responsabilidad, pero que este aspecto no lo analizaron ellos, los acusados, no por negligencia sino porque "al establecerse la no tipicidad de las conductas imputadas a los procesados, para qué íbamos a entrar analizar (sic) lo que atañe a la antijuridicidad y culpabilidad de las mismas"... "De manera, que como no estaba probado el sujeto activo de la falsificación -primera conducta del hecho Punible del artículo 221 del C. P.-, MAL PODRIA HABER TIPICIDAD ACERCA DE ESE DELITO..." (mayúsculas del texto).

A renglón seguido el encausado censura al Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando les reprocha que no hubieran abordado el tema de las formas imperfectas del Fraude Procesal, porque considera que la crítica se basa en que no se comparte la tesis que al respecto tiene el Delegado.

Comenta el enjuiciado que la Sala les cerró la puerta de la interpretación errada de tipos, pero que ellos han dado sus puntos de vista interpretativos sobre la libertad de pruebas, el medio probatorio que se debió emplear, las conductas exigidas por el art. 221 del C. P., el concepto de tipicidad material, el método empleado para demostrar la autenticidad del documento público y cuándo hay falsedad material de documentos, y la existencia de una normatividad probatoria que no permite aplicar un medio de prueba para resolver cualquier hecho.

El implicado resalta que la Resolución Acusatoria admita que erraron en su juicio y sin embargo afirme que actuaron en forma consciente y voluntaria. Y en seguida avoca una disertación sobre el error como actitud propia del ser humano, citando al efecto el

error cometido por la Sala de Casación Penal cuando tramitó un recurso de casación en un asunto que no lo admitía.

En los últimos apartes de su alegato, el doctor Henríquez Castillo insiste en manifestar que al no haberse demostrado la falsedad en documento privado y su autoría, por los medios establecidos en el artículo 258 del C. de P. P., era necesario acudir al método del art. 388, pero que si aun así se estima errado su criterio, reitera que al firmar la ponencia del doctor Urbina Ospino jamás tuvo como objetivo perseguir propósitos oscuros para violar la ley, o favorecer a los procesados con quienes no tiene relación alguna, o con el deseo de violar el bien jurídico de la Administración Pública, sino que actuó convencido de que procedía conforme a la ley y dentro del marco de la justicia.

Para terminar expone los principios morales que han regido su vida y que constituyen el patrimonio de su familia, como única riqueza que puede dejar a sus hijos, y reitera que si erró en su apreciación en el proceso examinado, lo hizo de buena fe y con el ánimo de acertar en lo que consideró justo.

El Defensor

El titular de la defensa solicita la absolución para sus mandantes y entra a desempeñar su encargo criticando que se juzgue a los procesados por fuera del ámbito en el que cumplían su función oficial; y basado en ese presupuesto deja entrever una censura para el Procurador por deducir el dolo de la utilización de términos de uso común en la ciudad de Barranquilla; y otra para el Fiscal por pedir la condena en latín.

El mandatario avoca los aspectos objetivo y subjetivo del prevaricato; y menciona que conforme a la jurisprudencia de la Sala, ese delito objetivamente requiere una protuberante inconsistencia o contradicción entre el comportamiento judicial y el derecho o la ciencia jurídica, por lo que no se trata, como en este caso, de que la Corte afirme que se ha debido enjuiciar porque ésa es su convicción. En cuanto al aspecto subjetivo, recuerda que existen pronunciamientos jurisprudenciales sobre el comportamiento torcido frente a la ley, malévolo, oscuro y respecto de los cuales se exigen certeza y plena prueba para condenar. Así mismo menciona la tesis de la Sala, según la cual, cuando el funcionario escoge uno de los varios criterios aplicables, sustentándolo, no es posible hablar de prevaricato.

Después de hacer un recuento de los hechos, el abogado de la defensa señala que la prueba a favor de las dos procesadas principales fue bien encaminada, seguramente por habilidad de sus apoderados o por descuido del instructor o por convicción del Tribunal, por lo que duda que resultara fácil decir que se debía enjuiciar a los tres implicados.

Acto seguido, el defensor relaciona de manera sintética los argumentos en que se basa la resolución acusatoria, y da respuesta a cada una de ellas. Así tenemos:

Frente a la imputación por el desconocimiento de 17 testimonios y por exigir como prueba indispensable un peritaje grafológico, afirma el apoderado que en la providencia del 29 de junio de 1989 los Magistrados no desconocieron la prueba de la falsedad, sino que se refirieron a la falta de prueba de la autoría y de la participación. Que no dejaron de lado la prueba testimonial, simplemente con ella no era posible establecer el grado de

participación de los imputados. Y el artículo 470 del C. de P. P. exige plena prueba o certeza de la tipicidad "y, por ende, de la autoría, pues la participación es una especie de la tipicidad objetiva". La prueba, sin embargo, no demostraba siquiera a título de probabilidad quién había falsificado, creado o alterado y de pronto podía estructurar prueba indiciaria, pero de ninguna manera plena prueba, por eso los Magistrados necesitaban la prueba grafológica.

Ante el cargo del desconocimiento del artículo 254 del C. de P. P. porque no existe norma específicamente reguladora de la comprobación de la falsedad documental, el procurador judicial de los encausados manifiesta que la libertad de prueba es relativa, como ocurre por ejemplo con la demostración de un parentesco, de la inimputabilidad o del grado de alcohol en la sangre. Por lo tanto, el juez tiene la libertad probatoria para escoger los medios para demostrar hechos presuntamente delictivos. Y otra interpretación de la misma norma sería que se puede probar lo que quiera con cualquier medio probatorio enumerado o con otros.

En este mismo tema el profesional comenta que si hay libertad probatoria, se debe preguntar para qué el artículo 388 del Código de 1987 orienta al juez, si el legislador no incluye en su estatuto normas inocuas. Agrega que del art. 284 del C. de P. P. se desprende la importancia de la prueba grafológica; y se apoya en la regulación que trae el procedimiento civil sobre la autenticidad de documentos, sobre la tacha de falsedad y la prueba técnica (arts. 252, 275, 290 y 293).

En cuanto a la consideración de que del auto reprochado no se vislumbran las circunstancias que llevaron a los Magistrados a restarles capacidad probatoria a los testimonios, el defensor explica que proviene precisamente de la ausencia de la prueba grafológica; criterio doctrinal que hace parte de la tradición probatoria en nuestro país.

Refiriéndose a lo ocurrido en el proceso penal en el que intervinieron los acusados, el titular de la defensa argumenta que ni siquiera la doctora María Cristina Ocampo de Manzano, asesora del fallecido Luis Carlos Vargas Bolívar, se atrevió a asegurar o negar la autenticidad de la firma estampada en el poder otorgado con ese nombre, remitiendo la decisión a un grafólogo.

A continuación indica el abogado las oportunidades en las que, en la actuación decidida por los acusados se acudió a la prueba grafológica o se ordenó; esto para resaltar la importancia de ese elemento de convicción, no sólo en la doctrina sino también con la tradición jurídica nacional.

En lo atinente a la conclusión del pliego de cargos, conforme a la cual existían elementos de convicción suficientes para llamar a juicio a Gloria González de Gutiérrez, Trinidad Consuelo Domínguez Donado y Oscar Ibáñez de Alba, manifiesta el mandatario judicial que, como lo había enunciado, existían dificultades probatorias para enjuiciar a los vinculados al proceso, cuando se había dejado de lado la práctica de la prueba grafológica.

Ante la afirmación de la Sala de que en casos de falsedad tan burda el cotejo grafológico sobra, porque a cualquier neófito le basta examinar las dos firmas para observar que una fue falseada y distorsionada, la defensa reitera que el problema no se encontraba en la propia falsedad sino en la autoría y participación; y aduce que si la

falsedad era tan burda, habría resultado inocua y lo que procedía era la cesación del procedimiento; resultado optado por la Sala, por una vía distinta. Y si no hubo imitación, como lo dice la resolución acusatoria, la falsedad no se cometió.

La Sala señaló falta de cautela de los acusados al no caer en la cuenta de la amistad existente entre las dos señoras y que Ibáñez había sido subalterno de una de ellas. A ese respecto el apoderado manifiesta que aún admitiendo ese razonamiento, tal proceder es culpa, lo que nada tiene que ver con el prevaricato. Y les quita la importancia a esos vínculos, indicando que se trata de las relaciones normales que surgen entre las personas que trabajan en el poder judicial.

En este punto el profesional del derecho rebate que no se pueda hablar de atipicidad cuando en la misma providencia se acepta que hubo falsedad, pues asegura que ello sí es posible "porque para enjuiciar concretamente se requiere la plena prueba, no de la existencia del tipo, sino de la realización del comportamiento típico; es decir, de la determinación de la autoría o participación según el caso".

Aquí, el representante judicial comparte la afirmación de que en cuanto al fraude procesal los Magistrados también erraron en su juicio, yerro eminente subjetivo y conceptual, pues, en su sentir, pudieron haber incurrido en otro error.

De otra parte, la defensa comenta que en esta investigación no se llegó a establecer vínculo alguno entre los Magistrados y los procesados del otro asunto, como fundamento de que las conductas inmotivadas son imposibles.

Así mismo, el abogado recuerda que en el proceso se habló de la tentativa desistida por cuanto algunas demandas se retiraron del juzgado laboral, sin que se hubiera llegado a herir algún bien jurídico, y esto unido a la falsedad sin imitación y a las falsedades burdas le permiten asegurar que los Magistrados no profirieron una providencia manifiesta, ostensible y protuberantemente contraria a derecho.

Para terminar, el defensor plantea la hipótesis de que los Magistrados pudieron haberse equivocado, pero en tal caso, se pregunta, cómo puede extraerse la prueba del dolo con entidad de certeza y de plena prueba, que no pueden deducirse, en su opinión, de las contradicciones, porque éstas, cuando mucho, indican un descuido fatal. En consecuencia, la defensa reiteró la petición de absolución de sus protegidos por cuanto no incurrieron en delito alguno.

La Sala Considera

Para iniciar el análisis de la conducta materia de juzgamiento, conviene repasar la motivación de la decisión jurisdiccional que en este proceso se ha considerado violatoria de la ley, cuyo contenido íntegral es el siguiente:

"1. Como el funcionario de instancia optó, entre las varias alternativas descritas en el artículo 460 de la ley de enjuiciamiento criminal, por acusar a dos de los procesados, por los ilícitos de Fraude Procesal (tentativa) y Favorecimiento, a la abogada Gloria González de Gutiérrez; y Falsedad en Documento Privado, Abuso de Autoridad y Favorecimiento, al incriminado Oscar Ibáñez de Alba, correspondientes (sic) entonces, realizar un escrutinio de la prueba recabada para ver si se encuentran demostrados los

presupuestos demandados en el artículo 470 *idem*, esto es, la tipicidad y la responsabilidad en el grado suficiente, para el momento procesal que se vive.

"En cuanto al cese de procedimiento que cobija a la tercera procesada, la señora Domínguez Donado, también son válidos los argumentos que se expongan para elucidar (sic) sobre la tipicidad, en términos generales y en cada caso particular sobre la responsabilidad.

"Entonces, por metodología, el funcionario de instrucción, y nosotros, tenemos que realizar un análisis de la prueba allegada, tendiente a demostrar que las hipótesis delictivas, descritas en forma genérica por el Legislador Penal, tuvieron concreción, y que resultan ser las que el instructor consideró como punto de referencia:

"El Fraude Procesal tiene como elementos estructurantes la inducción (conducta) en error, a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

"Empero, qué fue lo que de este comportamiento humano se realizó en el caso *sub judice*; veamos, los autos nos informan que la abogada González de Gutiérrez presentó una demanda contra el Departamento y la Caja de Previsión Social, para lo cual acompañó unos poderes, que habían presentado sus poderdantes ante el Juzgado respectivo (sus clientes), por intermedio de quien le consiguió los negocios; le suministró también las resoluciones de la Caja de Previsión Social; consta en el protocolo que el título de recaudo ejecutivo es auténtico y que los poderes ostentan la atestación del funcionario del Juzgado, que los recibió de manos de quienes se hicieron pasar como los poderdantes.

"Amén de lo anterior, la demanda no alcanzó a ser admitida, porque la abogada, enterada del insuceso, solicitó su devolución, acto plenamente válido, en el proceso laboral, y aun en el derecho penal, en el supuesto del desistimiento de un hecho punible, cuando se está en una etapa de la realización del mismo, que habida cuenta los actos ejecutados lo permite. Pero puede aseverarse que dió la conducta (sic); es decir, se indujo en error a empleado oficial, es inobjetable que esto no sucedió y que la etapa desarrollada no alcanzó a ofender o poner en peligro el objeto jurídico tutelado por la ley del Estado, que específicamente lo constituye el interés que tiene el Estado, en relación con la administración de Justicia, en que se proceda con lealtad con los funcionarios encargados de realizar este servicio público, luego la conducta es atípica al respecto y la solución es disponer el cese del procedimiento.

"No está de más resaltar, mientras no se demuestre lo contrario, y de esto no existe prueba en el expediente, que las explicaciones suministradas por la procesada González son atendibles y así mismo ella señala qué persona se encargó de hacerle llegar todo el mamotreto de las demandas. Desde luego, se reitera, que esto no tiene mayor importancia, pues falla un elemento fundamental, para poder hablar de delito, como lo es la Tipicidad.

"El otro ilícito que se le imputa es el favorecimiento, una especie del encubrimiento, que se caracteriza porque precisamente se ayuda a la persona del delincuente, por eso mismo la doctrina y la jurisprudencia lo designan con el nombre de favorecimiento personal, vale decir entonces que el favorecedor debe tener conocimiento de la comisión de un hecho punible y sin concierto previo colaborar a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente; y elocuentemente, las actas procesales,

no demuestran que, precisamente, la acusada González de Gutiérrez denunció a Consuelo Domínguez como la persona que le consiguió el negocio y le preparó el "petate". luego con ese gesto no favoreció a la persona del delincuente ni entorpeció la averiguación, *ergo*, tampoco tiene concreción en este caso el delito que se le achaca en la resolución de acusación. También debe revocarse el auto enjuiciatorio y ordenar el cese del procedimiento, porque la procesada no realizó el delito que se le indica.

"2. En relación con el sindicado Oscar Ibáñez de Alba, para quien constituye esta calificación la primera, pues fue vinculado al proceso durante la reapertura, hay que decir que no se ha demostrado la falsedad de los poderes, pues el Instructor no podía atenerse al dicho de las personas que declararon y negaron ser ésas sus grafías; él tenía el deber de comprobarlo plenamente, por los medios indicados en la ley, mientras eso no acontezca, la falsedad de los dichos poderes se resiente, por ausencia de prueba. Es más, obsérvese que no se ha inquirido si las cédulas que se afirman se exhibieron en la presentación de los poderes, algunas de las cuales no coinciden con las que poseen los supla ntados, ha sido expedida por la Registraduría, y a qué personas. Recuérdese que cuando el empleado oficial elabora un documento en uso de sus atribuciones legales, y hace constar lo que no ocurrió, su comportamiento se adecua a lo diseñado en el artículo 219 del C. P., Falsedad Ideológica.

"En cuanto al Abuso de Autoridad, por acto arbitrario e injusto, débese señalar que éste es un tipo subsidiario, que surge a la vida jurídica del proceso cuando el comportamiento que se le impula a un empleado oficial no se subsume, habida cuenta la riqueza de la descripción, en otro de los tipos creados por el Legislador Penal, de ahí su carácter supletorio; pero si el procesado Ibáñez, como la (sic) asevera, se limitó a cumplir con el deber de su cargo, y por lo mismo comprobó que las personas que se decían, los singularizados, poderdantes le exhibían su documento de identidad y ello dejaba constancia en el memorial, como lo reitera, no puede darse jamás el reato de Abuso de Autoridad, referido; y si por el contrario, como ya se indicó, la atestación es falsa, porque los supuestos firmantes no concurrieron al Despacho, el delito es otro, Falsedad Ideológica. En síntesis, el abuso de autoridad tampoco se ha demostrado ni ha tenido existencia.

"Por último, este procesado Ibáñez, que precisamente se halla en el vórtice de la tormenta, y de quien se conjetura que pudo participar en el ilícito, no puede ser técnicamente hablando encubridor de su propio delito, y por lo mismo, mal puede decirse que tenía el deber de denunciar, máxime que el hecho punible materia de averiguación nace en el momento en que se asevera, que los supuestos poderdantes hicieron presentación personal de los tantas veces mencionados memoriales, poderes, por manera que este comportamiento que se le achaca tampoco aparece comprobado en el proceso; por lo mismo, cabe al respecto la revocatoria.

"De forma que en relación con este implicado, habrá de disponerse la reapertura del proceso, para que se investigue durante los 60 días, en forma exhaustiva, lo que se ha reseñado en líneas arriba para dar por demostrada la tipicidad de la falsedad ideológica en que pudo haber incurrido, con su comportamiento.

"3. En lo que atañe con el cese de procedimiento que cobija a la procesada Consuelo Domínguez Donado, debe acotarse que existe en su contra el cargo que le formula la

sindicada Gloria González de Gutiérrez y la prueba grafológica que le atribuye el manuscrito que obra en el sobre de manila; lo otro sería el testimonio de quienes se encontraban de visita el día que ella concurrió a casa de la abogada primeramente mencionada; es indiscutible que eso no constituye el indicio grave que exige la ley de procedimiento criminal, esto sin tener en cuenta, y ello se dijo para los otros procesados, no se ha demostrado la falsedad de los poderes, que es precisamente parte de la conducta que se imputa, como dueña del negocio ejecutivo laboral, por manera que no existe otra alternativa que confirmar la ordenación dispuesta por el *a quo* al respecto.

No puede la Sala echarse a llorar sobre el expediente ni tornarse un Júpiter Tronante, para lamentar que en razón de una instrucción que deja mucho que desear, un caso de suma gravedad, vaya a engrosar la alta cifra de la impunidad; pero sí vale la pena dejar esta constancia y demandar de los señores Jueces de Instrucción una mayor dedicación y estudio de los procesos para evitar que se repitan casos como el presente".

La Resolución de Acusación proferida por esta Sala consideró que con la decisión transcrita se cometió el delito de prevaricato, por cuanto, a pesar de haberse reunido los presupuestos del artículo 470 del Decreto 050 de 1987 para ordenar el enjuiciamiento de algunos o todos los procesados, se adoptó una determinación incorsecuente con el recaudo procesal.

Recuérdese que aquel precepto disponía: "El funcionario dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad".

La lectura de este texto legal inicialmente revela que no es potestativo sino obligatorio para un juez proferir resolución de acusación una vez que el proceso arroja los presupuestos que él establece. Posteriormente circunscribe las bases de tal determinación a dos aspectos: el primero, que el hecho investigado se adecue a una de las descripciones del estatuto penal; y el segundo, que al menos haya un testimonio digno de credibilidad o indicios graves de la responsabilidad del implicado, naturalmente.

Son dos fases del fenómeno delictual que si bien concurren para revelar si alguien ha infringido la ley penal, son perfectamente diferenciables. Por lo tanto, se debe rechazar la argumentación que proviene de la defensa (procesados y apoderado), conforme a la cual la identidad del autor hace parte de la tipicidad del comportamiento, pues tal fusión no está ni contemplada en la ley, ni es deducible del texto gramatical de la preceptiva, que exhibe una nitidez irrefutable.

De admitirse la teoría planteada por la parte acusada, sobraría el presupuesto de responsabilidad allí plasmado y bastaría exigir la prueba de la tipicidad del hecho. De esta afirmación participa la misma providencia censurada, que al iniciar su motivación anuncia que escrutará la prueba recaudada "para ver si se encuentran demostrados los presupuestos demandados en el artículo 470 ídem, esto es, la tipicidad y la responsabilidad en el grado suficiente, para el momento procesal que se vive". Luego es inadmisible que sólo para la situación que ahora es objeto de juzgamiento se pretenda modificar las reglas del procedimiento.

Ahora bien, en lo que se refiere al presupuesto de tipicidad, se advierte que la investigación que debía calificarse arrojaba datos concretos, tales como que la abogada

litigante Gloria González de Gutiérrez presentó a la jurisdicción laboral dos demandas ejecutivas para cobrarle a la Caja de Previsión Departamental y al Departamento del Atlántico prestaciones laborales, adjuntando las resoluciones de reconocimiento y los poderes de varias decenas de beneficiarios, cuyos escritos aparecían presentados personalmente en el Juzgado 6º Laboral del Circuito, conforme a la constancia que al respecto suscribió el subalterno de ese despacho, Oscar Ibáñez de Alba. Demandas que repartiera la secretaria del Juzgado 8º Laboral del Circuito, Trinidad Consuelo Domínguez Donado, a los Juzgados 3º y 5º; reparto que adolecía de irregularidades.

Sin embargo, la investigación también revelaba que la abogada no había concertado el mandato con sus poderdantes, pues no se conocían ni se conocieron, así lo admitió ella y así lo expresaron las personas que con el nombre de los supuestos otorgantes de los poderes concurrieron a declarar.

Por otra parte, esos mismos declarantes expresaron otras dos circunstancias fundamentales: que nunca firmaron esos escritos que otorgaban poder a la doctora Gloria González de Gutiérrez y que tampoco concurrieron a juzgado alguno a efectuar presentación personal.

A lo anterior debe agregarse que uno de los supuestos representados ya había fallecido para la fecha en que aparece cumpliendo la presentación personal.

Adiciónese que en algunos casos ya las resoluciones de reconocimiento habían sido canceladas por la Caja de Previsión a los respectivos beneficiarios.

De lo anterior, ¿qué admite como presupuesto veraz la providencia reprobada?

Como se anotó en la resolución acusatoria, el proveído reprochado dio por establecido que se habían cometido falsedades en el otorgamiento de los poderes. Por lo demás, en el párrafo quinto del aparte de las consideraciones, da por sentado que un intermediario le consiguió los negocios a la abogada y le entregó los títulos ejecutivos, y que terceras personas se hicieron pasar por los poderdantes para efectuar la presentación personal de los poderes. Y más adelante acoge la manifestación de la abogada que señala a Trinidad Consuelo Domínguez como la persona que le consiguió el negocio y le entregó el cúmulo de demandas.

En síntesis, los presuntos poderdantes no habían conferido mandato ni habían firmado los poderes; pero esas alteraciones de la verdad, incluyendo las relacionadas con las constancias de presentación personal, con el cobro de resoluciones ya pagadas y con una presentación personal imposible como que correspondía a persona ya desaparecida, no trascendieron en el mundo jurídico penal porque para los Magistrados procesados no se había probado infracción penal alguna; ese proceder no podía ser susceptible de enjuiciamiento por falta de prueba de la tipicidad.

Independientemente de quienes resultaran comprometidos en la realización de esa conducta, no encuentra la Sala razonamiento alguno que le permita afirmar que las alteraciones de la verdad en documentos públicos (las constancias de presentación personal) y en documentos privados (los poderes) son hechos totalmente ajenos a las conductas descritas y sancionadas en el Código Penal, pues variadas son las descripciones de este estatuto que recogen un proceder de esa índole y que la Sala se abstiene de ubicar, por cuanto no es ésa la función que ahora debe cumplir.

La alteración de la verdad hacía parte del bagaje investigativo y ya se había establecido, porque las indagatorias y las declaraciones juramentadas de los supuestos poderdantes -las cuales incluyeron diligencias de reconocimiento de las firmas con resultado negativo- daban cuenta de ello y ningún elemento de prueba las controvertía.

Que la falsedad de las firmas en las constancias de presentación y en los poderes debía establecerse a través de una prueba técnica no es acertado. En primer término, por cuanto, como se dijo en la acusación, en materia penal el legislador otorgó al juez plena libertad probatoria; y, en segundo lugar, porque la prueba pericial no es la única vía que tiene la capacidad de demostrar la alteración de la verdad en un documento.

Sea ésta la oportunidad para rebatir el argumento de la defensa conforme al cual la libertad probatoria autoriza al juez para escoger la vía por medio de la cual demuestra un hecho determinado; pues si bien esa hipótesis puede predicarse del instructor que está recaudando pruebas, no es válida con respecto al juez de conocimiento que ya no tiene esa opción, por cuanto su deber se concreta al análisis de las que ya obran en el expediente que estudia; y, en consecuencia, no puede incurrir en la arbitrariedad de desechar el valor probatorio de los elementos de convicción integrados al proceso, para exigir los que no se practicaron ni allegaron y decidir partiendo de la ausencia de la prueba cuya presencia reclama.

Ésta fue precisamente la actitud que asumió la Sala de Decisión Mayoritaria que ahora es sujeto pasivo de esta acción penal, y que la condujo a infringir la ley, pues contando con elementos de convicción que exhibían la ejecución de un comportamiento delictuoso los dejó de lado para exigir una experticia, que, en algunos casos, como en el del difunto, era de imposible realización. Y, ¿qué sentido podría tener el cotejo grafológico entre las constancias de presentación personal y las grafías de los declarantes que encontraron que ni su firma ni el número de su cédula les pertenecía? ¿Qué de nuevo podía aportar al proceso tal peritaje sobre las firmas de los poderes si no medió contrato de mandato entre los declarantes y la abogada González de Gutiérrez? ¿Acaso podía el dictamen grafológico demostrar un hecho negativo como la no comparecencia de los beneficiarios de las Resoluciones de la Caja de Previsión al Juzgado que certificó la presentación personal del poder?

De otra parte, debe reiterarse que si el principio general del procedimiento penal es la libertad probatoria, no hay lugar para acudir a las disposiciones del procedimiento civil relacionadas con la autenticidad de documentos privados o a incidentes como la tacha de falsedad de documentos, porque en tal caso no hay un vacío normativo que autorice la remisión a otro estatuto procesal.

Así mismo debe contradecirse a la defensa cuando argumenta que el Código de Procedimiento Penal contenía normas que imponían la prueba de la falsedad documental, como el artículo 388 del anterior C. de P. P., que aludía a la intervención de peritos grafólogos en caso de falsedad material de documentos, porque, además de que la disposición mantenía la discrecionalidad del juez, en el asunto puesto a consideración de los Magistrados acusados los documentos no fueron alterados materialmente después de su elaboración, sino que la falsedad era predicable con respecto a su formación total, por su contenido, sin que se hubieran imitado las firmas de los acreedores de las prestaciones sociales reconocidas y supuestos poderdantes.

Entonces, se pregunta la Sala, cuál habría sido el punto de referencia para efectuar el cotejo. Evidentemente la discrecionalidad del juez indicaba que la experticia grafológica no era, en este caso en concreto, la prueba que condujera directamente a demostrar el autor de la falsedad material total de los poderes. Y menos aún de las constancias de presentación personal, porque en éstas la posibilidad delictiva era una falsedad ideológica, cuyo autor había admitido esa condición.

Bajo tales circunstancias, el pliego de cargos se refirió a falsedades burdas, en el sentido de que para el juez del conocimiento ya no había posibilidad de engaño, pues frente a sí tenía los documentos espurios con firmas inventadas y las atestaciones juradas, con las firmas auténticas, negando la autenticidad de aquéllas. Mas no, como pretende entenderlo la defensa, que se trataría de falsedades inocuas por lo burdas. Tanto es así, que de no ser por la intervención de la hija de Luis Carlos Vargas Bolívar (fallecido), el Juez Laboral, en el normal cumplimiento de su deber oficial, hubiera dado curso a la multimillonaria demanda ejecutiva, porque para él las firmas eran auténticas, como se lo certificaban las respectivas constancias de presentación personal. En consecuencia, el hecho de que la falsedad no se hubiera cometido a través de la imitación de las firmas no significa que la falsedad desaparezca o resulte inocua, porque, como ya se expresó, ella se cometió por formación total de los documentos.

La situación surgida con respecto al fallecido señor Luis Carlos Vargas Bolívar le sirvió de sustento al doctor Henríquez Castillo para construir hipótesis diferentes de las esbozadas en la resolución de acusación; por ello, la Sala debe poner en claro que sí ha afirmado que hubo una alteración de la verdad en el poder otorgado por ese difunto y en la presentación personal, no llegó a ello por deducción sino por conclusión, además evidente, surgida de la comparación entre la fecha certificada del deceso y la fecha en que supuestamente se cumplió la diligencia ante el despacho judicial. Es el proceso de raciocinio lógico que se emplea en la apreciación probatoria; luego no se entiende cuál es la crítica que el inculpado quiere formular.

Y para concluir el tema del poderdante desaparecido, se ha de convenir que la hipótesis de la existencia de un homónimo debe inadmitirse porque la identificación del señor Vargas Bolívar como poderdante quedó establecida con la versión de la hija de éste, quien fue la que alertó a los funcionarios de la administración de justicia sobre el cobro ilegal de prestaciones reconocidas a su progenitor, situación corroborada por la utilización del acto administrativo proferido en favor del fallecido.

Debe reiterarse que la censura de ilegalidad contra la providencia calificatoria de segunda instancia que profirieron los doctores Urbina Ospino y Henríquez Castillo no está basada en la diferencia de criterios hermenéuticos, pues, como anteriormente se hizo constar, ella misma parte del supuesto de que el encausamiento debía sustentarse en las dos columnas procesales mencionadas en el artículo 470 vigente por entonces. Luego la ilicitud que ahora se predica de aquella decisión no parte de una diferencia conceptual jurídica, sino de su inobservancia, puesto que no se adoptó la determinación allí regulada pese a que los requisitos para proferirla se habían reunido. Es así como ya se dejó explicado que la conducta investigada bien podía encuadrar en algún tipo penal o en varios; y en lo que se refiere a la prueba de responsabilidad, el expediente era pródigo en indicios graves que comprometían a los tres procesados, como quiera que todos ellos de una u otra forma intervinieron en la elaboración de las demandas, de los poderes, de

las constancias y del reparto que se dirigían a consumar un doble cobro de prestaciones laborales a la entidad departamental de previsión o al Departamento del Atlántico. El solo pensar que toda esa actividad no estaba autorizada por los beneficiarios de las resoluciones de reconocimiento, que la abogada Gloria González de Gutiérrez nunca conoció a los presuntos mandantes, que el reparto de las demandas adoleció de irregularidades que igualmente lindaron con la violación de la ley y lo efectuó Trinidad Consuelo Domínguez, secretaria del Juzgado 8° Laboral del Circuito de Barranquilla; que las constancias de presentación personal certificadas por Oscar Ibáñez de Alba, también subalterno judicial, resultaron espurias, para no repetir la serie de indicios graves que involucraban a estos tres ciudadanos, constituían base probatoria más que suficiente para enjuiciar a los procesados.

Entonces no es como lo afirma la defensa, que la dificultad para enjuiciar a los procesados se encontraba en la falta de prueba que comprometía la responsabilidad de éstos, porque para ese momento procesal el artículo 470 no exigía la plena prueba de la autoría, sino indicios graves de responsabilidad; por lo tanto resulta infundado afirmar que la prueba grafológica era indispensable para establecer la autoría del hecho punible y que sin ese elemento era imposible enjuiciar a los implicados. Por otra parte, este argumento contradice las afirmaciones de uno de los Magistrados enjuiciados en cuanto asegura que si no asumieron el análisis de la responsabilidad por la infracción penal, fue porque desde el comienzo concluyeron que no se había demostrado la tipicidad de la conducta investigada.

Que el calificatorio del 29 de junio de 1989 es manifiestamente contrario a ley es inobjetable, porque su conclusión no es el reflejo del recaudo probatorio analizado y ello significó la transgresión del tantas veces citado artículo 470 del anterior Código Procesal Penal. Igualmente, se tradujo en la vulneración del contenido del artículo 254 *ibidem*, en la medida en que contrariando el principio de que "Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios *podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código*" (resalta la Sala). Los Magistrados acusados basaron su decisión en la ausencia de una prueba grafológica, que, evidentemente, no era el único instrumento que podía demostrar el delito de falsedad documental; y dejaron de lado, sin explicación alguna, la abundante prueba testimonial que daba cuenta de la alteración de la verdad investigada.

Ahora bien, la función que cumplían los acusados era la de revisar la legalidad del proceso, del análisis probatorio y de la decisión calificatoria que había adoptado el juez instructor. Dicha resolución, cabe anotarlo, fue prolija en argumentos y conceptos, habiendo destinado 27 folios a la calificación, en los cuales el instructor se ocupó de transcribir los fragmentos pertinentes de las declaraciones en las cuales los supuestos poderdantes desconocieron sus firmas en los poderes otorgados a la doctora González de Gutiérrez, negaron conocerla y haber concertado un mandato con ella y señalaron si el número de su cédula de ciudadanía concordaba o no con el que realmente la Registraduría del Estado Civil le había asignado a cada uno de ellos y expuso el mérito probatorio de esas pruebas en un capítulo que denominó "Qué se prueba con las anteriores declaraciones" extrayendo ocho conclusiones que relacionó ordenadamente por literales. A continuación dedicó otro fragmento a analizar "las actuaciones de los sindicados en relación con lo que estaba probado", en el cual incluyó la adecuación típica

de las conductas, imputándole a Oscar Ibáñez la comisión de los delitos de falsedad en documento privado, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto y favorecimiento (arts. 221, 152 y 176 del C. P.). En siete folios el *a quo* condensó su pensamiento sobre la responsabilidad de la doctora Gloria Isabel González de Gutiérrez y terminó imputándole la comisión de los delitos de Fraude Procesal y Falsedad en Documento Privado (arts. 182 y 221 C. P.). De la misma manera, pero en planteamientos más breves, fundamentó la cesación de procedimiento con la que favorecería a Trinidad Consuelo Domínguez Donado. Y antes de concluir el proveído resumió los alegatos de las partes y dio respuesta a sus inquietudes, destacándose resaltar que explicó por qué no había estimado necesaria la prueba grafológica que posteriormente reclamaría el *ad quem*. Finalmente concluyó la argumentación expresando que radicaría en juicio criminal a la doctora González de Gutiérrez y a Oscar Ibáñez; que a este último le dictaría medida de aseguramiento y que cesaría el procedimiento contra Trinidad Consuelo Domínguez.

En la parte resolutiva, sin embargo, como lo había notado la Corte, omitió llamar a juicio a Ibáñez de Alba. No obstante la diversidad de puntos estudiados y decididos por el *a quo*, la Sala Mayoritaria del Tribunal de Barranquilla en el lacónico pronunciamiento prevaricador, cuya parte motiva está transcrita en esta sentencia, simplemente desvirtuó la comisión de los delitos de Fraude Procesal y de Favorecimiento; excluyó cualquiera otra adecuación típica de la conducta, terminó hablando de falsedades que no eran típicas, y finalizó el proceso con respecto a las dos mujeres, disponiendo que prosiguiera la investigación con relación a Ibáñez de Alba.

Acude la Sala a ese recuento procesal para señalar la evidencia del dolo con el que se procedió al dictar la providencia reprochada, porque si bien es sabido que la intangibilidad de la conciencia con la cual se realiza un acto no es susceptible de demostrar a través de pruebas directas, ella debe descubrirse en el propio comportamiento del procesado, como cualquier otro elemento del delito, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

El hecho de revisar un pronunciamiento del inferior jerárquico para modificar las decisiones allí adoptadas, sin dar los fundamentos de esa determinación, sin desvirtuar las bases probatorias o conceptuales que sustentaban aquel proveído, aportando argumentos contradictorios, en contra del criterio de uno de los integrantes del juez plural que salvó el voto para que se mantuviera la decisión impugnada, desconociendo la realidad procesal puesta a su consideración, no permiten admitir que es un comportamiento inocente ni una equivocación de aquellas en las cuales puede incurrir cualquier juez, como ser humano que es, pues la Sala no desconoce que en la función de administrar justicia, como en cualquier otra actividad humana, es posible incurrir en equivocaciones, errores, faltas y de hecho ello ocurre y está previsto constitucional y legalmente, porque el fundamento de la segunda instancia es la existencia de un funcionario de superior jerarquía que corrija esas faltas, errores y equivocaciones en que pueda incurrir otro que le está funcionalmente subordinado. E igual origen puede señalarse a todas las vías legales de defensa, a los recursos ordinarios y extraordinarios, a los incidentes, las nulidades, etc.

No obstante, aquel error que consiste en proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, con la conciencia de esa contrariedad normativa, constituye el delito de prevaricato que hoy se atribuye a los procesados.

Y esa voluntariedad en el ilícito actuar no se desvirtúa por el hecho de que se desconozca procesalmente la circunstancia que motivó a los Magistrados para decidir como lo hicieron; ni tampoco por la inexistencia de vínculos afectivos con los procesados beneficiados, ni aun por el hecho de no conocerlos. Aquí lo relevante es la relación que existe entre el juez y su deber de administrar justicia conforme lo impone la ley; es un enfrentamiento entre la conducta que asume el funcionario y el comportamiento que de él espera la ley, independientemente de que alguien pueda resultar beneficiado o perjudicado con ello. Ese deber se incumplió en este caso, pues, como lo consagra el pliego acusatorio, el bien jurídicamente protegido de la administración pública se vio lesionado por una incorrecta forma de administrar justicia.

Así las cosas, a la luz del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, este proceso arroja la certeza de que, en todos sus elementos, se cometió un delito de prevaricato por acción (art. 149 C. P.) y que los doctores Julián Urbina Ospino y Carlos Adolfo Henríquez Castillo son responsables de ese hecho punible.

El delito por el cual se responsabiliza a los procesados tiene señalada una pena de prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas; y para dosificar la pena a imponer, la Sala toma en consideración, como circunstancias atenuantes de la pena, que los sentenciados carecen de antecedentes penales o contravencionales, pues no hay prueba que hable en contrario, y que han dedicado mucho tiempo de su vida profesional al servicio de la Justicia. No obstante, habida cuenta de la alta dignidad o investidura que ostentaban, en cuyo ejercicio cometieron el hecho punible, debe adicionarse la circunstancia genérica de agravación punitiva contenida en el artículo 66.11 del C. P.

Ya en pronunciamientos del 20 de marzo de 1991 (Magistrado Ponente, doctor Guillermo Duque Ruiz), del 15 de abril y del 18 de agosto de 1993 (Magistrado Ponente, doctor Jorge Carreño Luengas) se dilucidó que no se quebranta el principio del *non bis in idem* cuando la condición de juez se considera una agravante punitiva aun en los delitos de sujeto activo calificado.

Tal rigorismo porque entre la escala de servidores del Estado unos cumplen funciones de mayor repercusión en el ámbito social que las que otros desempeñan; e indudablemente la recta administración de justicia es una de las más delicadas misiones que puede cumplir un ser humano y que, evidentemente, la sociedad entrega en manos de personas que ha evaluado como de intachable conducta. Delinquir en ejercicio de tal deber le resta credibilidad a la organización estatal. Por todo ello, se justifica la mayor severidad de la justicia con los jueces en comparación con los ciudadanos comunes.

En estas condiciones, la pena a imponer a cada uno de los sentenciados será la mínima que establece el artículo 149 del C. P., de un (1) año de prisión, incrementada en dos (2) meses más por la concurrencia de la circunstancia agravante señalada, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Como la interdicción de derechos y funciones públicas implica entre otras sanciones la pérdida del empleo, no es del caso imponerle esta pena de manera autónoma. (Casación 9 de diciembre de 1991. M. P.: doctor Edgar Saavedra Rojas)

De otra parte, como la conducta punible no produjo un perjuicio material que pudiera cuantificarse pecuniariamente, no se impondrá condena para indemnizar perjuicios.

La condena que se impondrá en los términos señalados admite, conforme al artículo 68 del C. P., que se suspenda su ejecución por un período de prueba de dos (2) años, puesto que la pena privativa de la libertad no excede de tres años; y la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible permiten a la Sala suponer que los sentenciados no requieren tratamiento penitenciario.

No obstante lo anterior, el subrogado sólo operará con respecto a la pena privativa de la libertad y los condenados habrán de soportar el cumplimiento de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un año y dos meses, y para tales efectos se enviará comunicación de lo aquí decidido a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La efectividad de la suspensión de la ejecución de la condena está sujeta a que cada uno de los sentenciados suscriba una diligencia en que se comprometa a informar todo cambio de residencia, a ejercer profesión u ocupación lícitos, presentarse cada dos meses a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, y, en general, observar buena conducta. El cumplimiento de estas obligaciones, por el lapso de dos (2) años, se garantizará con caución, que se entiende ya prestada, en la cuantía depositada por los sentenciados cuando se les concedió la libertad provisional; y su incumplimiento o la incursión en otro delito les acarreará las consecuencias señaladas en el artículo 70 del Código Penal.

Para la notificación de esta sentencia a los condenados y la suscripción de la diligencia compromisoria se comisionará por el término de cinco (5) días al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, para cuyos efectos se librará el respectivo despacho comisorio.

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

RESUELVE:

Condenar a los doctores Julián Urbina Ospino y Carlos Adolfo Henríquez Castillo, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena de un (1) año y dos (2) meses de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autores del delito de prevaricato por acción a que se refiere el artículo 149 del Código Penal, consumado en las circunstancias analizadas, en su calidad de Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.

Abstenerse de condenar a los sentenciados a pagar suma alguna por concepto de indemnización de perjuicios.

Suspender el cumplimiento de la pena privativa de la libertad por el lapso de dos (2) años, durante los cuales los procesados estarán en período de prueba, en los términos y condiciones que se dejaron expuestos en la parte motiva de esta sentencia, con la excepción prevista en relación con la interdicción de derechos y funciones públicas.

Comisionar por el término de cinco (5) días al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla para que notifique esta providencia a los condenados y les haga suscribir la respectiva diligencia compromisoria.

Tener por constituida la caución que garantiza el cumplimiento del compromiso impuesto a los condenados, con el depósito que hicieran al otorgárseles la libertad provisional.

Disponer que esta sentencia, una vez en firme, sea comunicada a las autoridades señaladas en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal y a la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, enviando copia autenticada de la misma.

Líbrese el despacho comisorio pertinente.

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 Córdoba Poveda (conjuez).

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

AUTOR / DETERMINADOR / TESTIMONIO / JUEZ / PRUEBA / AUTOR INTELECTUAL / ABOGADO / ERROR DE HECHO

El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los *delicta propia* ejecuta el acto prohibido en el ejercicio de sus funciones. / No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio o especial. / El testimonio no está sujeto a tarifa legal alguna, quedando al criterio del juez, orientado por las reglas de la sana crítica, su justiprecio. / Es insólito que de un juez de la República se predique su ineptitud para decidir sobre una materia propia de sus conocimientos. Solamente en cualquier disciplina ajena al derecho es pertinente acudir a expertos para lograr una mejor ilustración. En cuanto al derecho, el juez mismo -y de ahí que se le haya escogido para cumplir su función como tal- es una persona versada en esta disciplina y por tanto no necesita de ilustraciones adicionales. De acuerdo con sus conocimientos, se encuentra en plena capacidad de discernir si lo dicho por los testigos en estas materias contraría o se ajusta a la realidad. / En el derecho procesal penal no existen pruebas imprescindibles, pues en estas materias rige el principio de la libertad de escoger la que mayores probabilidades tenga de conseguir la demostración buscada; tampoco el no vincular a determinadas personas genera un vicio mayúsculo que afecte la actuación, pues la compulsación de copias permite proseguir la investigación respecto de quienes permanecieron ajenos a la primera instrucción. / El que no se hubiesen descubierto los autores materiales del ilícito ni todos los pormenores de su ejecución no implica que no se pueda perseguir y sancionar a los autores intelectuales. / Al abogado litigante se le exige una vida sin mácula al encargar la defensa de la legalidad, pues sobre él reposa la inmensa responsabilidad de resguardar el estado de derecho, al encontrarse facultado para tutelar los derechos de los ciudadanos ante la jurisdicción. Pero, si en guarda de los intereses encomendados, él mismo se presta a desconocer la ley, acudiendo al engaño, a las trampas o las argucias, atropellando los bienes jurídicos tutelados de sus opositores, es de ver que se convierte en el más grande enemigo de la juricidad al poner sus esfuerzos al servicio del delito. Quien obra así

merece un castigo ejemplar; pues él, como ninguno, debe constituirse siempre en un ejemplo de sus conciudadanos. / En tratándose de un error de hecho, al estimarse que era el mismo medio probatorio el objeto de vulneración, no había necesidad de que el recurrente señalara norma procesal alguna. Sin embargo ello no lo relevaba de indicar las normas sustanciales que fueron atropelladas indirectamente. Ahora bien, si no se hace mención expresa de éstas, pero de la lectura del libelo se infiere a primera vista cuál o cuáles fueron los preceptos de este tenor, rubrica de la vulneración, el tropiezo técnico queda superado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7644.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 94, octubre 20 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de octubre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre las demandas de casación interpuestas por los defensores de los procesados Amadeo Cruz Cruz y Pedro Antonio Matéus Camargo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito, mediante la cual los halló responsables de un delito de falsedad ideológica en documento público sancionándolos a purgar la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, más las accesorias de rigor, concediéndole al segundo el subrogado de la condena de ejecución condicional y absolviendo a Rodrigo Bocanegra Martínez, el tercer imputado.

Hechos

La síntesis la realizó el fallador de segunda instancia. Aquí sus palabras:

"El señor Pedro Antonio Matéus Camargo, por intermedio del abogado Amadeo Cruz, inició proceso de lanzamiento contra José Francisco Cortés en el Juzgado Civil Municipal de Fugatívá (hoy 50 Civil Municipal de Bogotá). Por medio de sentencia de nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) no se accedió a las pretensiones de la demanda, fue absuelto el demandado señor Cortés y condenado el actor al pago de las costas del proceso.

"No obstante lo anterior, con fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) fue elaborado en el precitado juzgado el despacho número 137 dirigido al Inspector Distrital de Policía -reparto-, con el objeto de que se practicara el lanzamiento del demandado José Francisco Cortés, documento en el cual se incluyó la parte resolutiva de la sentencia de nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) en forma totalmente contraria a la realidad. Y con base en el precitado falso despacho, el Inspector Décimo Distrital de Policía llevó a cabo el lanzamiento del señor José Francisco Cortés".

Sinopsis Procesal

El resumen pertenece a la Delegada. La Sala recoge sus palabras:

"Con fundamento en los antecedentes procesales, el Juzgado 87 de Instrucción Criminal radicado en Bogotá, abrió la correspondiente investigación y en el decurso de la misma vinculó mediante indagatoria a Amadeo Cruz, Pedro Antonio Matéus Camargo y César Augusto Jiménez Alfonso, a quienes se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, a los dos primeros por el delito de fraude procesal, en concurso con el Uso de Documento Público Falso en el caso de Amadeo Cruz, y de Falsedad Ideológica de Documento Público para Jiménez Alfonso.

"Igualmente en la etapa instructiva, se dispuso vincular mediante indagatoria a Fabio Rojas y Rodrigo Bocanegra Martínez, José Vicente Montaña Bocanegra, Carmen Cecilia Valbuena Delgado, Humberto Amaya Ortegón y Daniel Gutiérrez y el juzgado instructor al momento de resolverles la situación jurídica decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de Rodrigo Bocanegra Martínez, y en relación con los demás sindicados se abstuvo de imponer medida de aseguramiento alguna. Así mismo, se allegó diversidad de prueba de índole testimonial, documental entre las que se cuentan: 1) Copia de la sentencia del 9 de diciembre de 1988 (fls. 26 a 28 del C. O. No. 1), mediante el cual el Juzgado Civil de Engativá dentro del proceso de lanzamiento de Pedro Antonio Matéus Camargo contra José Francisco Cortés resolvió: '1. Desestímanse las pretensiones de la demanda. 2. Como consecuencia de lo anterior, absuélvase al demandado de los cargos formulados en la demanda. 3. Condénase en costas del proceso al demandante. Tásense'. 2. El original del despacho número 137 de febrero 20 de 1989, dirigido por el Juzgado Civil Municipal de Engativá al Inspector Distrital de Policía -Reparto-, en el cual se consigna que mediante sentencia de 9 de diciembre de 1988 fue declarado terminado el contrato de arrendamiento y se decretó el lanzamiento del demandado José Francisco Cortés y a continuación se observa la correspondiente diligencia de lanzamiento de éste, llevada a cabo por el Inspector Décimo Distrital de Policía, y 3. Fotocopia de la hoja del libro diario del Juzgado Civil Municipal de Engativá, en el cual fue anotado el proceso de lanzamiento de Pedro Antonio Matéus contra José Francisco Cortés; pruebas éstas que sirvieron de fundamento al instructor para calificar el mérito del sumario con Resolución de Acusación contra Pedro Antonio Matéus Camargo, Amadeo Cruz y Rodrigo Bocanegra Martínez como coautores responsables del delito de Falsedad Ideológica en Documento Público; orden de reapertura en favor de los procesados César Augusto Jiménez Alfonso, Fabio Rojas, José Vicente Montaña Bocanegra, Carmen Cecilia Valbuena Delgado, Humberto Amaya Ortegón y Daniel Gutiérrez y cesación del procedimiento en favor de todos los vinculados en relación con el delito de Fraude Procesal por inexistencia del delito (interlocutorio de diciembre 28 de 1990, fl. 95 y ss. del cuaderno original N°. 3).

"En la etapa de la causa entre otras pruebas se recibieron las declaraciones de Freddy Nelson Cortés Fonseca y Rosalba Fonseca de Cortés, hijo y esposa respectivamente del denunciante José Francisco Cortés, quienes dan cuenta de las circunstancias témporo espaciales que mediaron en la relación de inquilinos del señor Pedro Antonio Matéus Camargo, así como las mejoras que le efectuaron al bien inmueble que ocupaban

y que fueran desconocidas por el aquí procesado, para luego por terminar (*sic*) haciendo referencia a los aspectos relacionados con el lanzamiento de que fueron objeto por parte de la Inspección Décima de Policía en diligencia que participó el abogado del arrendador, doctor Amadeo Cruz Cruz; aclarando Freddy Nelson Cortés, que a su progenitor lo asistió el abogado Carabalí desde el momento en que surgieron las desavenencias entre ellos, por el corte de los servicios y asuntos relacionados con el arriendo. Luego de efectuada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Catorce Penal del Circuito, despacho al que le correspondió adelantar el juicio, profirió sentencia condenatoria en contra de Pedro Antonio Matéus Camargo y Amadeo Cruz, a quienes impuso la pena principal de 36 meses de prisión, como coautores responsables -determinadores- del delito de falsedad ideológica en documento público y a su turno absolvió a Rodrigo Bocanegra Martínez; decisión que al ser apelada por los defensores de los condenados, recibió integral confirmación por parte del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá (sentencia del 3 de marzo de 1992)".

Las Demandas

Primera demanda

La eleva el representante judicial de Amadeo Cruz, con fundamento en la causal primera, formulando los siguientes reproches:

Primero. El tema que desarrolla es la calidad de empleado oficial que exige el delito de falsedad ideológica en documento público. Su defendido no la posee por tratarse de un particular, asevera; sin embargo, fue condenado como coautor determinador del punible, violándose la ley sustancial en forma directa, por interpretación errónea de los artículos 219, 63 y 23 del C. P. y 251 del C. de P. P.

A continuación analiza el artículo 219 del C. P., que señala como sujetos activos del delito de falsedad ideológica en documento público a los empleados oficiales. De ahí "...que sea un punible especial o calificado y que no lo puede cometer un particular:...". Luego se refiere al artículo 63, *ibidem*, resaltando el texto en lo atinente a la exigencia de estar desempeñando funciones públicas para que una persona pueda ser considerada como empleado oficial.

También rechaza la calidad de coautor determinador que le endilgaron a su patrocinado en las instancias, con fundamento en el artículo 23 del C. P., que tilda de autor de una conducta reprochable no sólo a su realizador sino al determinador, indicando el precepto "...que dicho sujeto debe ser calificado; de lo contrario no puede ser sujeto del punible tratado". En seguida, resalta los principios de legitimidad, autenticidad y obligación de manifestar la verdad, como rectores de la actividad del empleado estatal, para concluir que el bien jurídico tutelado es el de la fe pública.

Más adelante centra su atención en el caso de la especie. Las actividades y los testimonios del juez que conoció del proceso de lanzamiento en comento y el secretario son materia de su análisis. Al respecto plantea dos posibilidades: la consignación de una falsedad en la sentencia o en el despacho comisorio. Como el único elemento de juicio con el que se cuenta es la versión de los funcionarios, no se sabe cuál de los documentos es realmente el verdadero, pues sus afirmaciones parten de su conveniencia. Por tanto,

se pregunta el censor, teniéndose en cuenta que no existe prueba diferente de estas dos deposiciones, "...de donde tanto el señor instructor y fallador llegaron al pleno convencimiento para proferir sus decisiones ...".

Tampoco acepta que se tengan como sinónimos los conceptos de autor intelectual y determinador, ya que para la consumación del punible "...se exige concurrencia de voluntad y acción física, circunstancias que no están probadas dentro de este proceso, en contra de mi defendido, pero sí en contra de la señora jueza y su secretario". El determinador, por tanto, "...no llena los requisitos para ser autor...". Además, tilda de absurdo señalar a un sujeto como autor intelectual y a renglón seguido llamarlo determinador, "...pues el determinador es el que hace nacer en otro la voluntad delictiva, cargar de energía esa potencia psicológica, para imponerle a otro que cometa ese delito y en nuestro caso no es cualquier circunstancia pasajera, toda vez que se trata de la señora jueza y su secretario los sujetos firmantes de los documentos, razón para no existir dentro del plenario la prueba en contra de mi defendido, demostrando la anterior circunstancia de convencimiento y carencia absoluta de voluntad de dichos funcionarios, prueba que no existe e igualmente hay ausencia de los requisitos para ser determinador...". Ellos son: la indicación de cómo y cuándo se produjo la determinación, requiriéndose saber quién es el autor; también qué incentivos desplegó el determinador para avasallar a los funcionarios judiciales; igualmente, en qué condiciones se aceptó el presunto encargo; y, finalmente, cuáles eran las circunstancias en que se encontraban los vinculados a la empresa delictiva.

Como no hay respuesta a los anteriores interrogantes, no hay asidero jurídico para proferir un fallo condenatorio, es su conclusión. Además, resalta que la sentencia se dictó con base en suposiciones y criterios personales, dejándose de lado a los autores reales y materiales del punible, "...gozando totalmente de la ausencia de cualquier investigación por mínima que ésta sea; en otras palabras, no fueron vinculados, claro, como se trata de la señora jueza y su secretario, además son los testigos sobre los cuales se condenó".

Así las cosas, concluye que de aceptar que su defendido es "coautor-determinador" del delito de falsedad ideológica, se "...estaría concretando (sic) la violación de la norma en forma directa e incurriendo en error de derecho...", afirmándose, además, que el procesado tiene el carácter de empleado oficial y "...por lo tanto con la obligación de certificar la verdad y sus actos serían de carácter público, luego desde ya, eso no es aceptable e igualmente el error es de Derecho, pues al darle una categoría o calificativo a un sujeto que no le tiene por disposición de la ley, estoy en contra de ella".

Segundo. Considera que el fallo violó, en forma indirecta, por error de hecho, los artículos 246, 247, 260, 264, 470 y 441 del C. de P. P., dejándose de aplicar los artículos 264 y 441 del C. de P. P.

A continuación se refiere a los documentos redargüidos de falsos para aseverar que fueron suscritos por la jueza de Engativá y su secretario, "...luego hemos hallado su autenticidad, quedando legitimados, con su conocimiento y aceptación faltando establecer, en qué consiste la falsedad, si es total, si es parcial; quién (es) son los autores, cuál es su modalidad y circunstancias exigidas por el mencionado punible".

Luego para encontrar el yerro cometido por el fallador, señala que el Tribunal consideró que existía plena prueba para condenar dándoles absoluta credibilidad a los

testimonios de la jueza y su empleado subalterno pese a que son sujetos del punible investigado, dado que en su cabeza se confunden las siguientes circunstancias: ellos son los firmantes tanto del despacho comisorio como de la sentencia; su obligación es la de certificar la verdad. "...siendo curioso su proceder al aceptar y confesar que uno de dichos documentos es el verdadero y el otro por consiguiente es el falso, pero a criterio de ellos": dando como pesadas razones de justificación del hecho "mentiras piadosas" (señalar a la sentencia como verdadera y al dictamen como apócrifo, aducir asalto a su buena fe por el cúmulo de trabajo) que no hallan acomodo como causales de justificación o inculpabilidad y, por ende, se resiente su credibilidad; y, finalmente, que a pesar de la duda grave no se vincula al proceso al supuesto testigo, "...aceptando con ello ser asesores especializados en el área de Civil -lanzamiento-, pues sus versiones no serían declaraciones como tales, sino dictámenes directamente, hecho que tampoco se puede aceptar, por su violación sustancial". Era claro, según el recurrente, que el instructor debió haberse asesorado de peritos para establecer en cuál de los dos documentos (despacho comisorio o sentencia) se encuentra la falsedad, y "...no darles plena credibilidad a quienes tienen un marcado interés al punto que ni siquiera han sido vinculados...". Por tanto, queda sin piso legal la sentencia impugnada, imponiéndose la absolución de su defendido.

También cita como violado el artículo 441 del C. de P. P. (sic), pues no se encuentra la prueba legal para condenar merced al rechazo que hace de los documentos existentes y la prueba testimonial por "amañada y falsa". Así las cosas, teniéndose en cuenta que no se "singularizó" en debida forma la falsedad (circunstancias, autores, modalidad, etc.) y que quienes cometieron el hecho fueron la jueza y el secretario que suscribieron los documentos y que no obra prueba legal que indique la pertinencia de tomar la decisión condenatoria, solicita de la Sala aceptar sus planteamientos, dictando en lugar del fallo impugnado el que corresponda, tal como lo dispone el artículo 229 del C. de P. P.

Para finalizar, solicita se le conceda a su defendido el "beneficio de excarcelación", de conformidad con el artículo 415-1, inciso final, del C. de P. P., pues la legislación vigente "...predica el no poder negar el beneficio bajo el parámetro de requerir tratamiento penitenciario...", por consiguiente, su defendido "...se hace acreedor al subrogado, por reunir a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 68 del C. P.".

Segunda demanda

En el ámbito de la causal primera de casación, el letrado que representa los intereses de Matéus Camargo formula cuatro reproches contra la sentencia de segunda instancia:

Primero. La pieza procesal escogida es la indagatoria. Hubo una apreciación errónea de su contenido, asevera, pues se interpretaron y falsearon los hechos que de ella se desprenden. Para lograr su cometido transcribe los apartes pertinentes tanto del fallo como de la indagatoria advirtiendo que en ella su defendido puso de manifiesto sus nulos conocimientos jurídicos. Luego acomete el tema de los requisitos que debe poseer la confesión para concluir que Pedro Antonio Matéus dijo exactamente que en el libro diario del Juzgado vio escrito "sentencia favorable"; por lo que "...la expresión tergiversada por el fallador es que había sido favorecido con el fallo, no de que en el libro era firme que decía sentencia favorable...".

A continuación, para comprobar el escaso grado de cultura que posee Matéus, transcribe un aparte de la versión en la que asevera que le pagó a Amadeo Cruz ciento

cincuenta mil pesos ($150.000.00) por sus servicios profesionales, aunque posteriormente, empleando el mismo término, asegura que le pagó cincuenta mil pesos ($50.000.00). Esta aparente contradicción le sirve de base al censor para advertir que la distorsión es tal, que el Tribunal "...llega a concluir que esa persona, por lo manifestado en su dicho, fue determinador de la conducta que se juzga". Más adelante agrega que el sentenciador no tuvo en cuenta que en quienes supuestamente influyó son "...personas con un grado de cultura superior con conocimientos en derecho...", como es el caso de la jueza y su secretario, quienes firmaron el despacho apócrifo. Por consiguiente -culmina el casacionista- si se tiene en cuenta el escaso grado de cultura de Matéus se llega a la conclusión "...que nunca sus afirmaciones tuvieron el alcance que le dio el fallador, para afirmar que está pretendiendo hacer creer que el fallo había sido proferido a su favor".

Finalmente enuncia como vulnerados los artículos 294, 296, 297 y 298 del estatuto procedimental en vigencia.

Segundo. Esta vez, el análisis lo centra en la declaración de Francisco Cortés. Según su parecer, el fallador le dio "...un valor que va contra los principios de la sana crítica (percepción del hecho y enemistad con Matéus). Con esta falencia "...el fallador cae en el error de afirmar que Pedro Antonio Matéus sabía desde antes de la diligencia de lanzamiento que ésta había salido en su contra, y con esta tergiversación asume la coautoría determinadora..." de su representado en el ilícito investigado.

En lo que se refiere a la enemistad, recuerda el casacionista que no sólo Cortés y Matéus lo dicen. También la esposa y el hijo del primero lo confirman. Al no tener en cuenta el fallador esta circunstancia, desconoció lo establecido en el artículo 294 del C. de P. P. Pero, además, el Tribunal toma parcialmente el testimonio como antes lo hiciera con la indagatoria y al efecto transcribe una parte de la versión de Cortés en la que refiere que supo del resultado del proceso a su favor por información de su abogado sin que, en ningún momento, Matéus le dijera nada sobre el particular en las veces que fue al lote a cobrarle el canon de arrendamiento. Por consiguiente, no puede afirmar el sentenciador que con la declaración de Cortés se da por establecido que Matéus sí sabía que el fallo había salido en su contra.

Tercero. Ahora el estudio se circunscribe a la versión de Freddy Nelson Cortés Fonseca. Al haberlo ignorado el *ad quem* pese a que la defensa lo citó en su alegato, cometió una violación directa de la ley por error de hecho. Su trascendencia es indudable, ya que demuestra que no es cierto que Matéus hubiese hablado con Cortés "...después del fallo proferido por el Juzgado Civil Municipal de Engativá y la fecha del lanzamiento..." Al respecto cita a Freddy cuando asegura que Matéus venía siempre que su padre no estaba a prorrumpir en improperios. "El no tener en cuenta esta declaración que desvirtúa la mala interpretación que se hace de la declaración de Francisco Cortés lleva al fallador a tener como cierto el hecho de que mi defendido conocía el resultado de la sentencia".

Por consiguiente, termina el casacionista, si Matéus iba a la residencia de Cortés cuando éste se encontraba ausente "...de donde se puede tomar como cierto el hecho que Pedro Antonio Matéus le dijo a Cortés que conocía que el fallo había salido en su contra y de ahí deducir que fue el coautor determinador del ilícito...".

Finalmente, advierte que al sustentar los reproches expuso algunas de las normas violadas (arts. 219 y 222 del C. P., 294, 296, 297 y 298 del C. de P. P.) "...pero como los errores que señaló son de hecho no necesariamente es obligatorio citar las normas violentadas, como lo ha reiterado la Corte Suprema en varias oportunidades...".

- Cuarto. Lo enmarca dentro de la causal tercera, pues, en su entender, la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad. Al efecto advierte que la falsedad ideológica en documento público requiere la autoría de un sujeto activo cualificado, esto es, un empleado oficial, calidad que no ostenta su patrocinado y que no puede transmitirse a los cómplices o determinadores de una conducta punible. "Por eso el estatuto sustantivo penal contempla otra figura tipificadora en razón a los particulares y es la establecida en el artículo 222 del C. de P. P.".

Culmina el libelo solicitando la casación del fallo atacado y, en consecuencia, dar aplicación "...bien sea a la previsión señalada en el numeral 1º del artículo 229 o a la establecida en el numeral 2º de la misma obra".

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Primera demanda

Descalifica el primer cargo por faltar a la técnica, pues si bien enuncia correctamente la causal, motivo y sentido (violación directa por interpretación errónea), en su desarrollo cuestiona los aspectos probatorios al criticar el análisis y la valoración efectuados por los falladores sobre los testimonios de la jueza y el secretario, referidos en el proceso. De otra parte, aunque más adelante anuncia un error de hecho, guarda silencio sobre el falso juicio que le dio origen. Además, no tiene razón en su crítica y al efecto señala el artículo 23 del C. P., que permite extender al determinador los efectos de la punibilidad del tipo penal.

Respecto al segundo ataque arguye que si bien se refiere a un error de hecho, no indica su clase, aunque un examen de la impugnación descubre que en verdad alude a un problema de valoración, terreno ajeno al motivo invocado. Otro desacierto lo constituye el demostrar el supuesto yerro acudiendo a argumentos propios de la nulidad. Además -prosigue la Delegada-, desconoce el artículo 254 del C. de P. P., sobre libertad de prueba que excluye la prevalencia de una cualquiera sobre las otras. También llama la atención sobre la cita que hace de normas procedimentales, sin mencionar las de carácter sustancial, "...a las que debió referirse el demandante en forma exclusiva, por cuanto se procedía por un "error de hecho".

Segunda demanda

Acomete el estudio del primer cargo admitiendo que su presentación es correcta (error de hecho por falso juicio de identidad al tergiversarse la indagatoria de Matéus), pero en su desarrollo se inclina por sustentar la tesis en el ámbito del falso juicio de convicción, al reducir todo a un problema de valoración. De otra parte, como falencia adicional, el Colaborador del Ministerio Público indica que el censor no señaló la norma sustancial quebrantada, ni tampoco el sentido de la violación; es decir, si se trató de falta de aplicación o de aplicación indebida.

El segundo ataque también trae desaciertos técnicos similares, opina el Ministerio Público. No empece que alega una distorsión del dicho de José Cortés, su censura la enmarca dentro de la "errónea valoración" que se le diera "...que en materia de casación no ofrece argumento de invalidación del fallo en vista de que en el sistema probatorio colombiano rige el principio de la persuasión racional de la prueba...". De otra parte, como en la tacha anterior, el recurrente también olvidó citar los preceptos sustanciales violados.

La tercera objeción tampoco tiene vocación de prosperidad a juicio de la Delegada, pues si bien le asiste la razón al impugnante, ya que el Tribunal ignoró la declaración de Freddy Cortés, no menos cierto es que esta pieza procesal no fue el único medio probatorio tenido en cuenta para edificar el fallo condenatorio, pues en el plenario existe prueba testimonial y documental que predica el pleno conocimiento que Matéus tuvo del verdadero contenido de la providencia de fondo y para demostrarlo alude a apartes del fallo de primera instancia. Al margen anota que no hubo una mala interpretación de lo aseverado por José Cortés debiéndose recordar "...que son las normas las que pueden ser objeto de interpretación y no las pruebas" Concluye su análisis indicando la renuencia del censor en señalar las normas sustanciales infringidas por tratarse de un error de hecho "...cuando ello no es cierto según lo tiene establecido la jurisprudencia".

El cuarto reproche tampoco tiene posibilidad de salir adelante, no sólo por los vicios técnicos que exhibe en su presentación y desarrollo (no indica en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que aduce) sino también por su contenido, ya que -como claramente se advirtió en las instancias- aunque no se descubrió al autor material del punible, ello no impidió establecer la identidad de los determinadores, quienes pueden jugar dicho rol en un punible que requiera un sujeto activo cualificado, siendo indudable que en el presente supuesto necesariamente debió contarse con la colaboración de un empleado del Juzgado Civil Municipal de Engativá.

Por tales razones solicita la desestimación del libelo.

La Corte

Primera demanda

1. El defensor de Amadeo Cruz Cruz plantea en su primer reproche una transgresión directa de la ley sustancial, pues, según sus palabras, el fallo impugnado "...viola de manera directa los artículos 219 y 63 del Código Penal, 251 del Código de Procedimiento Civil y artículo 23 del C. P., por interpretación errónea...". Según su parecer, la conducta consagrada en el artículo 219 del C. P. requiere para su configuración un sujeto activo cualificado (empleado público), connotación que no posee su defendido, quien es un simple particular.

Hasta aquí el enunciado es correcto. Sin embargo, al desarrollar su argumentación tuerce su camino al cuestionar la valoración que el fallador les diera a los testimonios de la Jueza Civil Municipal de Engativá, Sofía Rozo de Pachón, y su secretario, Fabio Rojas Rojas. Así las cosas, el marco jurídico que le imprimió a su impugnación configura un error de derecho por falso juicio de convicción. Con ello no sólo compromete en forma grave el reproche al conformar una dilogía (violación directa e indirecta) sino que también al final escoge un camino vedado para esta clase de ataques ante la carencia de tarifa legal para evaluar el acervo probatorio.

Detállese:

En la primera parte de su razonamiento se dedica a desmenuzar el concepto de empleado oficial. Evoca en primer término el delito por el cual se condena, remontándose a examinar el artículo 63 del C. P., para señalar la necesidad de un sujeto activo cualificado. Luego pasa a establecer sus diferentes especies. Más adelante, con el artículo 23 de la misma obra, asimila los términos de autor y determinador y, finalmente, advierte sobre la obligación que debe tener el hacedor de la conducta punible "de manifestar la verdad", relievando la "legitimidad y autenticidad" que se presume "de los actos plasmados en los documentos que suscriben", realizados en ejercicio de sus funciones. Hasta aquí, el razonamiento respeta el ámbito fijado en el enunciado : la violación directa de la ley sustancial.

En los siguientes renglones, luego de advertir que las declaraciones de la jueza y su secretario sirvieron de fundamento para la sentencia, deduce "...el marcado interés de dichos funcionarios en este proceso...". Por tanto, dado que no existen pruebas diferentes que confirmen o desvirtúen sus versiones, el casacionista no se explica "...de dónde tanto el señor instructor como el fallador llegaron al pleno convencimiento para proferir sus decisiones, acordes con las versiones de la señora jueza y del secretario". Luego asegura que no hay razón para que el juez investigador no se haya apoyado en una prueba pericial especializada y confiable en tratándose de un delito de falsedad.

A estas alturas -según el demandante- dos son los errores cometidos por el fallador. El primero, la sobrevaloración dada a los dos testimonios de cargo (error de derecho por falso juicio de convicción); el segundo, la carencia de un verdadero dictamen pericial que despejara las dudas sobre la falsedad (error de hecho por falso juicio de existencia), quedando en la simple mención al dejar el desarrollo del tema en el siguiente reproche.

Los renglones siguientes no se constituyen sino en una mera repetición de su inconformidad por el justiprecio dado a los dichos en comento. Es por ello que muestra a los fallos como edificados "...en suposiciones, con conclusiones y criterios netamente personales...", agregando un ingrediente más: su señalamiento formal como autores reales y materiales del punible investigado, que por tal razón no pueden tenerse en cuenta como testigos imparciales para sustentar una decisión condenatoria.

De otra parte, y aunque hubiera persistido en desplegar sus razonamientos dentro de los mojones que planteara en el enunciado, tampoco el éxito hubiera sido el resultado final a sus esfuerzos. La premisa que sienta es errónea. Una cosa es que por autor se entienda tanto al intelectual como al material y otra muy diferente es que ambas especies se asimilen entre sí hasta el punto de considerarse una sola para efectos de la punibilidad, como pretende demostrarlo el casacionista, al afirmar "...que el legislador unificó los sujetos autor y determinador en uno solo".

No estará de más recordar que en lo que se refiere al determinador la Sala ha hecho claridad en diversas oportunidades respecto a los tipos que requieren sujeto activo cualificado, rememorándose, por ejemplo, la sentencia de junio tres (3) de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que se aclara que "...si se trata de tipo de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es quien debe exigirse tal calidad"

La razón es clara. El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si, como sucede en el caso en estudio, para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los *delicta propia* ejecuta el acto prohibido en ejercicio de sus funciones.

No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntaria ente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente.

En este orden de ideas y no empece a que Cruz y Matéus no poseían la calidad de empleados públicos, el haber sido determinadores del injusto en cuestión excluye, en su caso, la exigencia estructural del artículo 219 del C. P., entendiéndose que respecto de quien elaboró el despacho apócrifo sí debe cumplir con este presupuesto típico, calidad que ostenta -para este evento- el autor material, que, a no dudarlo, debió ser un empleado del por entonces Juzgado Civil Municipal de Engativá.

Ante las carencias expresadas, la improsperidad del ataque adviene indudable.

2. En el segundo reproche el ámbito fijado por el censor es el de la violación indirecta "...por indebida aplicación del espíritu normativo, incurriéndose en un error de hecho...". Aunque aún no lo precisa, se espera en los próximos renglones la indicación sobre la especie del yerro, esto es, si se trata de un falso juicio de existencia o de identidad. Sin embargo, las ideas que afloran después de este preludio temprano comienzan a buscar los terrenos del error de derecho.

El párrafo con el que inicia el desarrollo de sus ideas no es claro. La alegación de haberse vulnerado el artículo 246 del C. de P. P. desconcierta sobremanera, pues de entrada se piensa que el motivo de su inconformidad es un falso juicio de legalidad. Y no se trata de un simple lapsus, pues, incluso, cita la parte pertinente: "Toda decisión judicial *debe fundarse en pruebas* legalmente...". Sin embargo, la cita hecha a continuación del artículo 247 de la misma obra plantea una posición contradictoria, pues ahora esta dando a entender que no existe en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y demuestre la responsabilidad del encartado. En efecto, con la mención del artículo 246 da a entender que se tuvo en cuenta una probanza aportada ilegalmente al proceso, mientras que con el segundo se plantea el haberse basado la decisión en una prueba que no existía en el plenario o haber ignorado una que cumplía con todos los requisitos para ser examinada y valorada. Como se ve, las dos proposiciones se excluyen, pues no se puede, al mismo tiempo, haber dejado de lado y tenido en cuenta una determinada prueba.

Así las cosas, la proposición jurídica que pretende formar presto comienza a desmoronarse al enfrentar la lógica misma. No sorprende, por tanto, que al iniciar la demostración del yerro, ahora escoja, sin mayores titubeos, el error de derecho por falso juicio de convicción. No existe la "plena prueba" para condenar es su afirmación primera. La prueba testimonial (juez y secretario) que pretende presentarse como tal debe

rechazarse por no poseer la "plena credibilidad" que le asigna el sentenciador. Con el correr de los párrafos la anarquía crece, oscureciendo cada vez más el pensamiento del casacionista, a quien el orden de las ideas, la técnica del recurso y la lógica misma le parecen simples aditamentos inútiles que no vale la pena considerar.

No se ha avanzado mucho en la lectura y ya los errores de hecho y de derecho -junto con los falsos juicios que les dan origen- han sido esgrimidos simultáneamente, confundiéndolos, trastocándolos, fundiéndolos en uno solo, con lo cual el calificativo de simple alegato de instancia que se le puede dar a su demanda es el resumen exacto que queda después de la abigarrada presentación de razones que se esfuerza por exhibir.

Pero la Sala aún debe proseguir con la lectura. Las próximas líneas las dedica el censor a probar que los firmantes de los dos actos públicos son los verdaderos autores del ilícito y, por tanto, no poseen la veracidad suficiente para aceptarlos como testigos. Primero, por haberlos signado; segundo, porque sus actos se presumen auténticos y legítimos; tercero, porque entre sus obligaciones está la de certificar la verdad pese a lo cual aceptan que uno de los documentos es verdadero y el otro falso; cuarto, porque las explicaciones que dan no son otra cosa que "mentiras piadosas" que no configuran causales de justificación o inculpabilidad, lo que predica su carencia de credibilidad, configurándose un "error de hecho". Pese a la constancia expresa que deja a lo último, no cabe duda de que la presentación es la de un típico error de derecho por falso juicio de convicción. Aparte de la dilogía observada, el testimonio no está sujeto a tarifa legal alguna, quedando al criterio del juez, orientado por las reglas de la sana crítica, su justiprecio. Su alegación en esta modalidad es inadmisible. El censor olvidó esta preceptiva y ello reafirma aún más el fracaso de la impugnación.

Pero a continuación lanza una afirmación inadmisible: el fallador debió asesorarse de peritos especializados en el área civil para tomar su determinación. Es insólito que de un juez de la República se predique su ineptitud para decidir sobre una materia propia de sus conocimientos. Solamente, en cualquier disciplina ajena al derecho, es pertinente acudir a expertos para lograr una mejor ilustración. En cuanto al derecho, el juez mismo -y de ahí que se le haya escogido para cumplir su función como tal- es una persona versada en esta disciplina y por tanto no necesita de ilustraciones adicionales. De acuerdo con sus conocimientos se encuentra en plena capacidad de discernir si lo dicho por los testigos en estas materias contraría o se ajusta a la realidad.

Ahora bien dados estos desaciertos, no extraña que para llevar adelante sus razonamientos acuda a argumentos propios de la causal tercera como tinosamente lo advierte la Delegada. La calificación de "indispensable" que le endilga a la pericia técnica, la falta de vinculación de la jueza y el secretario al proceso en calidad de sindicados, incluso la denuncia que hace sobre el no haberse "singularizado" la falsedad en cuanto su origen, la alegación de circunstancias de tiempo, modo y lugar, sus autores, etc., indican veladamente la presentación de un juicio viciado de nulidad. Aparte del atropello a la técnica misma al apartarse del sendero escogido, pues son argumentos que se dirigen a demostrar una falencia propia de la última causal, la sinrazón de este aparte implica su rechazo inmediato. En el derecho procesal penal no existen pruebas imprescindibles, pues en estas materias rige el principio de la libertad de escoger la que mayores probabilidades tenga de conseguir la demostración buscada; tampoco, el no vincular a determinadas personas genera un vicio mayúsculo que afecte la actuación, pues la compulsación de

copias permite proseguir la investigación respecto de quienes permanecieron ajenos a la primera instrucción, lo que efectivamente se hizo respecto de la jueza, enviándose lo pertinente al Tribunal para que, si a bien lo tenía, iniciara la investigación correspondiente; y, finalmente, el que no se hubiesen descubierto los autores materiales del ilícito ni todos los pormenores de su ejecución no implica que no se pueda perseguir y sancionar a los autores intelectuales, teniendo en cuenta el documento apócrifo y las consecuencias que de él se derivaron.

3. Al finalizar su escrito el recurrente solicita de la Sala la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, pues, a su modo de ver, se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos para ello. No obstante, al examinar el hecho punible en sí, las circunstancias que lo rodearon y la propia personalidad del imputado, la negativa a su concesión adviene indudable. Lo primero que se observa es que se trata de un profesional del derecho, cuya misión es la de procurar, merced a sus conocimientos jurídicos y experiencia, que la ley se aplique con justeza y ponderación. Por tal motivo, al abogado litigante se le exige una vida sin mácula al encarnar la defensa de la legalidad, pues sobre él reposa la inmensa responsabilidad de resguardar el estado de derecho, al encontrarse facultado para tutelar los derechos de los ciudadanos ante la jurisdicción. Pero si en guarda de los intereses encomendados él mismo se presta a desconocer la ley, acudiendo al engaño, a las trampas o a las argucias, atropellando los bienes jurídicos tutelados de sus opositores, es de ver que se convierte en el más grande enemigo de la juridicidad al poner sus esfuerzos al servicio del delito. Quien obra así merece un castigo ejemplar; pues él, como ninguno, debe constituirse siempre en un ejemplo de sus conciudadanos.

En el caso de ahora, la actuación de Amadeo Cruz Cruz suscita el más enérgico rechazo. Luego de haber sido vencido en el proceso de lanzamiento que iniciara para desalojar a Francisco Cortés de un predio cuyo arrendador era su cliente Pedro Matéus, acudió a medios delictivos para desconocer la decisión judicial, atropellando con ello legítimos derechos de su opositor. No vaciló en determinar la falsificación de documentos oficiales e inducir en error a un inspector de policía para que llevara adelante una diligencia de lanzamiento espuria. Tal procedimiento no sólo produce indignación por haber utilizado como medio fraudulento la fuerza coactiva del mismo Estado; también provoca zozobra en el conglomerado social, que ve cómo las decisiones de los jueces no son respetadas por algunos abogados cuando se ven perjudicados con sus decisiones. Suspender el correctivo que se le impusiera por tan reprobable proceder causa la natural desazón dentro de la sociedad, que alarmada vería cómo las conductas delictuosas no generan el castigo consiguiente. Por ello, la Sala considera que la medida tomada en las instancias de negarle la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional es ajustada a derecho.

4. Finalmente, la Corte no quiere terminar su tarea sin antes llamar la atención del casacionista acerca de los términos desobligantes que emplea para referirse a los administradores de justicia cuyas decisiones cuestiona en esta impugnación. Olvidando que la demanda de casación es una tribuna para la discusión de tesis jurídicas con base en la realidad de un proceso, se dedica a lanzar denuestos como si se tratara de un memorial de injurias. Afirmar que de la no realización del peritazgo "...surge el interrogante: ¿para qué la investigación y un proceso, si desde antes de su iniciación ya está el fallo correspondiente, el cual fue proyectado por los suscriptores de los documentos, objeto

de la investigación?", o que la sentencia se basó en "...unos criterios personales, basados en intrigas y colegaje, impidiéndoles ver la realidad procesal" y otras más de similar talante son afirmaciones gratuitas e irresponsables. Si alguna duda le cabía sobre la corrección de los funcionarios al adelantar la instrucción y proferir el fallo que hoy cuestiona, debió haber presentado la denuncia correspondiente.

Por tales razones, considera la Sala pertinente compulsar copias con destino a las autoridades competentes a fin de que se investiguen las posibles fallas disciplinarias en que pudiese haber incurrido el profesional del derecho en su escrito

Segunda demanda

1. Antes de entrar a examinar el libelo presentado por el representante judicial del procesado Pedro Antonio Matéus Camargo, valga la siguiente aclaración: Al finalizar la explicación de los tres primeros reproches, el censor advierte que sólo indicó "...algunas de las normas violadas, pero como los errores que señaló son de hecho no necesariamente es obligatorio citar las normas violentadas...". Es evidente la confusión del casacionista en la interpretación de la jurisprudencia vigente al respecto. Antaño la Corte exigía como requisito formal, tanto en el error de hecho como el de derecho, la indicación de las normas-medio procesales y las normas-fin sustanciales como forma de presentación de la proposición jurídica completa, dado que se trataba de una violación indirecta de la ley. Sin embargo, una reflexión más profunda sobre el fenómeno implicó una nueva óptica del asunto. Y así, en sentencia de octubre treinta (30) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), se advirtió:

"Dígase, en primer lugar, que no obstante ser cierto que el actor debe señalar en la demanda las normas-medio violadas, cuando ataca la sentencia con base en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, esta exigencia resulta indispensable cuando se aducen errores de derecho, mas no cuando se invocan los de hecho, como lo da a entender la misma jurisprudencia citada por la Delegada:

"'En otros términos, el recurrente debe formular proposiciones jurídicas completas, y éstas no son exclusivamente aquellas en que se acusa el quebranto de las normas-fin, sino también aquellas normas-medio que se presentan como desconocidas, particularmente, como en este caso las relacionadas con la valoración probatoria'.

"Y lo anterior es apenas lógico. Si se afirma que el fallador admitió y otorgó valor probatorio a un medio de convicción aportado irregularmente al proceso, por haberse omitido las que la ley exige para su aducción, es obvio que debe señalar cuáles fueron las irregularidades legales que viciaban la prueba. Y si argumenta que el juzgador le negó a una prueba el valor asignado a ella por la ley o le dio uno distinto del legalmente conferido, es apenas natural que indique en la demanda la norma que valora el aludido medio de convicción, para que, en uno u otro caso, la Corte pueda deducir si en realidad hubo violación de las normas-medio que condujeron a la violación de las normas fin.

"Pero cuando se trata del error de hecho, porque se ignoró una prueba que obraba en el proceso, o porque se supuso su existencia, o porque fue distorsionado su sentido, estrictamente no puede afirmarse que existió una norma-medio violada, toda vez que lo desconocido no fue una norma legal, sino la existencia misma o el sentido del medio probatorio".

Con esta inteligencia se entendió que, en tratándose de un error de hecho, al estimarse que era el mismo medio probatorio el objeto de vulneración no había necesidad de que el recurrente señalara norma procesal alguna. Sin embargo, ello no lo relevaba de indicar las normas sustanciales que fueron atropelladas indirectamente. Ahora bien, si no se hace mención expresa de éstas, pero de la lectura del libelo se infiere a primera vista cuál o cuáles fueron los preceptos de este tenor, materia de la vulneración, el tropiezo técnico queda superado. En este supuesto, una lectura detenida del escrito no permite deducir las disposiciones atropelladas. La redacción confusa, la escasez argumental, la mezcla desordenada de argumentos: en fin, la ausencia de una adecuada motivación impiden saber a ciencia cierta el marco jurídico de la falencia demandada. Con esta primera carencia se enfrenta la Sala al libelo, sin terminar aún su tarea, pues, respecto de cada reproche otras impropiedades llaman la atención, mereciendo su correspondiente estudio.

2. El primer reproche, como se vio en su momento, se circunscribe a poner de presente la tergiversación de la indagatoria de su defendido, pues de ella dedujo el Juzgado su responsabilidad a título de coautor-determinador. Específicamente, el censor advierte que Matéus afirmó que en el libro diario del Juzgado vio "...que había sido favorecido con el fallo..." y no que estuviese escrito "sentencia favorable", como lo señalan el instructor y el fallador.

Sea lo primero advertir que aunque el enunciado se queda corto en el marco jurídico al señalar apenas una violación indirecta de la ley por apreciación errónea de la injurada, un examen de su sustentación encuentra que su primera intención es la de mostrar un error de hecho por falso juicio de identidad. Una porción importante de su escrito se dirige a demostrar la tergiversación de que fuera objeto la injurada de Matéus, pero en su esfuerzo por sacar avante sus tesis fuerce el camino dirigiendo sus ideas hacia el recinto del error de derecho por falso juicio de convicción.

En efecto, si bien el demandante se preocupa por transcribir los apartes de la versión rendida por su defendido -aunque no hace lo mismo con la sentencia del Tribunal- con el inequívoco fin de sacar a relucir la falencia que alega, al tiempo habla sobre la credibilidad que, a su juicio, ostentan sus palabras. Intenores pone de relieve su condición de obrero, su escaso nivel cultural con nulos conocimientos de derecho y su incapacidad para influir sobre personas de un grado intelectual mayor. Y no terminan sus críticas sin lanzar una hipótesis personal: "...y seguramente invadido (sic) por su apoderado...", quejándose de que el análisis de una "sana crítica" de su dicho establecería "...que nunca sus afirmaciones tuvieron el alcance que les dio el fallador...".

De todas maneras, un planteo correcto tampoco le hubiese dado la razón.

Examinada la injurada y con ella la sentencia objeto del recurso, se aprecia exactitud en su interpretación. Asevera Matéus en algunos pasajes de su intervención procesal haber visitado en varias ocasiones el Juzgado Civil de Fusagasugá y haber advertido en el libro diario "... que ya había salido favorecido o a favor mío la sentencia, yo no lo observé totalmente, únicamente que ya había salido a mi favor...". Por su lado, el Tribunal, al hacer el recuento de su versión, indica que Matéus afirma que "...en diciembre de 1988 observó que había salido sentencia a su favor...". Como bien puede verse, hasta aquí no existe ninguna tergiversación, pues lo dicho por el *ad quem* se acomoda a las palabras de Matéus.

Ahora bien, no es cierto que con base en estas palabras el Tribunal hubiese deducido la condición de coautor-determinador en cabeza de Matéus. Al respecto, la Colegiatura, aparte de la providencia misma que fue proferida en forma desfavorable a este procesado y del estudio de los testimonios de la jueza y el secretario a quienes les otorgó plena credibilidad, llegó a tal conclusión examinando los intereses que movían a Matéus y Cruz, personajes únicos a quienes importaba el lanzamiento del demandado José Francisco Cortés, "...de donde se sigue que fueron ellos quienes determinaron al empleado del Juzgado Civil Municipal de Engativá, aún no identificado, para que elaborara el Despacho tantas veces mencionado...". Más adelante, la Corporación reafirma su pensamiento cuando llama la atención sobre la actitud desesperada de los inculpados, quienes al verse vencidos en el proceso se dieron cuenta de que "...la única manera de lograr sus propósitos era acudiendo al recurso delincuencial de hacer producir con la firma y sellos correspondientes de la jueza respectiva el despacho comisorio en el cual se consignaba la parte resolutiva de un presunto fallo en el cual se decretaba el lanzamiento...".

Más aún, al concluir el *ad quem* sus razonamientos advierte que "Allí en esa motivación presente en todo momento en los dos procesados, en su presencia y comportamiento en el acto de lanzamiento se encuentra el substrato del cargo que en forma exclusiva se les formuló en el pliego que fue confirmado por la respectiva Sala de Decisión referido exclusivamente a su condición de determinadores del punible de falsedad en documento público...".

No fue, por consiguiente, la corta frase pronunciada por Matéus la que sirvió de sustento al fallo condenatorio. Fue todo el panorama procesal en su conjunto el que motivó la sentencia condenatoria en su contra. El reproche, por consiguiente, carece de razón y por tal motivo ha de ser rechazado.

3. El segundo ataque también lo formula dentro del ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad al "distorsionar" y "falsear" el Tribunal el testimonio de Francisco Cortés. Sin embargo, aún sin terminar el enunciado de la falencia, el censor advierte que le dio "...un valor que va contra los principios de la sana crítica en cuanto a la percepción de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y de su marcada enemistad contra el sindicado Pedro Antonio Matéus y de que a él más que a nadie le favorecía el hecho de la sindicación de su enemigo Pedro Matéus...', expresión que, a no dudarlo, introduce el reproche en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción.

No se trata de un simple lapsus. Al desarrollar el cargo asegura que "...se le da un valor diverso del que la ley le confiere", frase que confirma sus intenciones de alegar simultáneamente en los dos sentidos. Este planteamiento unísono de dos violaciones disímiles sobre un mismo medio de prueba causa el natural rechazo, pues crea una dilogía imposible de resolver, dado que cada cual posee una naturaleza y unos efectos por completo diferentes que, requieren, por ende, su propia sustentación.

Esta doble invocación provoca el desconcierto en la Sala, pues se ve imposibilitada de establecer cuál de los sentidos es el que representa con certeza el pensamiento del actor. Dado el principio de limitación que rige el recurso, cuyo sendero lo marca exclusivamente el libelo de casación, no puede la Corte interpretar o desentrañar, por

iniciativa propia, las intenciones del censor. Hacerlo convertiría a la Colegiatura en coadyuvante de la demanda, resultando a la postre ejerciendo un insólito rol de juez y parte.

Pero aún otras falencias se descubren al terminar la lectura. Pese a la obligación de señalar las normas sustanciales que fueron vulneradas con el fallo, el casacionista guarda total mutismo. Su referencia se circunscribe a una norma de carácter procedimental (art. 294), silencio que impide conocer cuál fue el precepto que se violó indirectamente, carencia que provoca el rechazo consiguiente. Tampoco alude a la trascendencia del yerro expuesto, demostrando que de no haberse producido la decisión habría sido favorable a los intereses de Matéus. Para ello ha debido examinar con detenimiento el fallo cuestionado enfrentando este testimonio con las pruebas de cargo, poniendo de presente que en ausencia de éste no tenían la capacidad de sostener la decisión condenatoria.

El cúmulo de tropiezos impide el estudio de fondo. El rechazo es la respuesta final.

4. De nuevo plantea un error de hecho por haberse ignorado en las instancias el testimonio de Freddy Nelson Cortés. Aunque no lo especifica, se entiende con claridad que se refiere a un falso juicio de existencia. ¿Su importancia? El declarante asegura que Matéus no habló con Cortés después del fallo proferido por el Juzgado Civil Municipal de Engativá y la fecha del lanzamiento. Al respecto cita un aparte en el que Freddy señala que siempre Matéus irrumpía en su hogar cuando su padre se encontraba ausente. Por consiguiente, concluye el censor, no puede admitirse como cierto que éste le dijo a Cortés "... que conocía que el fallo había salido en su contra y de ahí deducir que fue el coautor determinador del ilícito...".

Tiene razón el casacionista al adverar que en las instancias el dicho de Freddy Cortés fue ignorado. Si esta fuera la única probanza existente en el proceso, el fallo se desmoronaría. O si, por lo menos, tuviera un carácter esencial, de tal magnitud que su presencia en el proceso habría tornado en favorable la situación de Matéus, es obvio que la tacha tendría vocación de prosperidad. Pero no es así. Las evidencias tenidas en cuenta en las instancias poseen el vigor necesario para respaldar, ellas solas, la decisión tomada. Su fortaleza es tal, que la solitaria versión que se echa de menos no logra conmoverlas.

Al respecto, recuérdese lo dicho en precedencia, al respondérsele su primer reproche, en el que se citan los elementos de juicio tenidos en cuenta por el sentenciador para declarar la responsabilidad jurídico-penal de Matéus.

No prospera el Cargo.

5. Resta por analizar lo concerniente al cuarto reproche elevado en el ámbito de la causal tercera de casación. Según su parecer, la sentencia se dictó basada en un juicio viciado de nulidad, pues se tuvo en cuenta para adecuar la conducta típica, el artículo 219 del C. P., que requiere como sujeto activo la calidad de empleado oficial, categoría que no ostenta su defendido. Al efecto recuerda que para los particulares contempla otro tipo, el artículo 222 de la misma obra.

En la contestación al primer ataque de la demanda presentada por el apoderado de Amadeo Cruz, la Corte brindó las explicaciones necesarias sobre el particular, advirtiendo

que la calidad de empleado oficial únicamente se le exige al ejecutor material y no al determinador. Los argumentos expuestos allí son suficientes para responderle al procurador judicial de Pedro Matéus, por lo que la Sala no puede menos que remitirse a ellos.

No prospera el cargo.

6. Finalmente, la Sala no puede pasar por alto la omisión del Tribunal en imponer a Amadeo Cruz, como pena accesoria, la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Pródiga fue la actuación en señalar la conducta reprochable del profesional, quien, desconociendo el juramento prestado para ejercer la abogacía con la pulcritud, honestidad y ponderación que exige tan delicada misión, prefirió enlodarla poniendo sus conocimientos al servicio del delito. Es obvio que una persona que irrespeta de tal manera su profesión no merece seguirla ejerciendo, por lo menos por un tiempo. Infortunadamente, el artículo 31 de la C. N. impide remediar el entuerto. Quedan, pues, estas palabras como constancia del malestar que provocó en la Sala tal omisión.

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

RESUELVE:

1. *No casar* el fallo impugnado.

2. *Ordenar* la compulsación de copias con destino a las autoridades competentes a fin de que se sirvan establecer la posible ocurrencia de una falta disciplinaria en cabeza del doctor José Dagoberto Rua Reyes, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / DEMANDA DE CASACION

Debe entenderse en sana hermenéutica que la competencia asignada a cualquiera de los juzgados superiores de Bogotá tácitamente se prorrogaba hasta tanto hubiera sido provisto su homólogo en Zipaquirá./ La violación directa o inmediata de la ley no puede sustentarse sobre un replanteamiento de los hechos procesales con miras a que estos enjuiciados de manera diferente de como lo fueron en la sentencia, porque un enfoque de tal naturaleza supone la presencia de protuberantes errores de apreciación probatoria que obligan al recurrente a acudir a la violación indirecta de la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7951.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 99. (28 - 10 - 93).

Santafé de Bogotá D. C., 29 de octubre de 1993.

Vistos

El 4 de junio de 1992 el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Octavo Superior de esta ciudad capital y en su lugar condenó al procesado Juan María Garzón Murcia a 2 años, 2 meses de prisión y multa de dos mil pesos; a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, como responsable del delito de homicidio en accidente de tránsito, decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos

La noche del 12 de diciembre de 1989 en el sitio conocido como La Car, frente a la entrada a la población de Cucunubá (Cundinamarca) el automóvil Mazda de placas EL 9895 conducido por Juan María Garzón Murcia colisionó violentamente por detrás con la camioneta Dodge 300, tipo estacas, de placas GC 2139 manejada por Adelmo de Jesús Contreras, a consecuencia de lo cual falleció el señor Francisco Javier Torres Suárez, quien viajaba en el puesto delantero del automóvil.

Actuación Procesal

Al día siguiente, el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Ubaté inició la investigación vinculando a ella en calidad de sindicados a los conductores de los vehículos, Juan María Garzón Murcia y Adelmo de Jesús Contreras.

Manifestó en indagatoria el primero de los nombrados que al llegar al sitio conocido como La Car, de la carretera que de Ubaté conduce a Bogotá impulsó el automóvil para sobrepasar una camioneta que iba adelante, pero como en sentido contrario venía otro vehículo, volvió al carril derecho, con tan mala suerte que la camioneta se detuvo intempestivamente no pudiendo esquivar el golpe por el impulso que llevaba.

Dijo el segundo que habiéndose detenido en el cruce de entrada a la población de Cucunubá con las luces direccionales encendidas vio que se acercaban dos vehículos cuando sintió el "totazo" bajándose a indagar lo sucedido encontrándose con que uno de los ocupantes del automóvil había muerto y el otro se encontraba mal herido siendo llevado al hospital.

El 17 de enero de 1990 el Juzgado de Instrucción Criminal resolvió la situación jurídica de los sindicados con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, para Juan María Garzón Murcia por encontrarse probado que conducía el automóvil a gran velocidad y en estado de embriaguez; absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en contra de Adelmo de Jesús Contreras.

Clausurada la etapa investigativa se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Juan María Garzón Murcia por el delito de homicidio culposo en accidente de tránsito, con derecho a libertad provisional y cesación de procedimiento en favor de Adelmo de Jesús Contreras. En la misma providencia se ordenó remitir el expediente, por competencia, al Juzgado Superior (Reparto) de Santafé de Bogotá.

El Juzgado Octavo Superior de esta ciudad avocó el conocimiento del proceso y adelantó el juicio hasta ponerle fin con sentencia de 30 de septiembre de 1991 absolviendo al acusado de los cargos por los cuales había sido convocado a juicio argumentando que "no le era previsible a Juan María Garzón Murcia el obrar imprudente de Anselmo (sic) Contreras, rompiendo de esa forma el nexo causal entre la conducta del procesado y el resultado"; fallo apelado por el Fiscal del Juzgado y el apoderado de la parte civil y revocado por el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, así:

Primero. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 21 del Código Penal, que trata de la "causalidad" en el delito, reparo que el demandante desarrolla en los siguientes términos:

"Si aceptamos la tesis del *ad quem*, de que la vía estaba con buena iluminación y que Juan María Garzón Murcia omitió un deber de cuidado como era la prohibición de

adelantar su vehículo, como lo pretendió hacer en un sitio donde existe un cruce permitido, ello no es óbice para aceptar, como lo hicieron el Fiscal y el Juez de Primera instancia, que el acontecer fáctico se debió a la imprudencia de Adelmo Contreras, que con su culpa contribuyó al resultado funesto.

"Cierto es que la causa principal del accidente obedeció al comportamiento de Adelmo Contreras al detener intempestivamente la camioneta que conducía sin la cautela que las circunstancias ameritaban, no inmovilizar imprudentemente el vehículo en todo el centro de la vía, sin las mínimas señales que así lo indicara, ya que, como se constató, carecía de direccionales y concordante con lo plasmado en el peritazgo a folio 190 del cuaderno original, en donde determina que si un vehículo a una velocidad de 40 km/h, velocidad permitida para el sector donde ocurrió el accidente, y otro desea sobrepasarlo o adelantarlo, la velocidad que debe imprimir éste para efectuar la maniobra debe ser de unos 60 km/h, luego no se puede imputar a Garzón Murcia violación de normas de tránsito, una modalidad de la culpa y si añadimos que Contreras no alertó sobre su pare y que lo hizo imprudentemente, esta situación no era previsible para Garzón".

Luego expresa:

"...si la conducta de otra persona es de tal modo determinante del resultado lesivo, ella sustituye en el proceso causal la del sindicado y no puede establecerse la relación entre la de éste y la lesión o muerte. En el presente caso, la imprudencia de Adelmo Contreras fue determinante en el resultado conocido, ese obrar intempestivo e irreflexivo no le era previsible (sic) a Juan María Garzón, por ello pregonamos la falta de nexo de causalidad para predicar responsabilidad de aquél a título de culpa. Y ante la ausencia de la relación o nexo de causalidad no se puede condenar al tenor del artículo 21 del Código Penal, Ley Sustancial que el *ad quem* no aplicó".

Segundo. Nulidad del juicio por falta de competencia del Juzgado Octavo Superior de Santafé de Bogotá, porque para la época en que avocó el conocimiento del proceso (mayo 28 de 1991) y dictó la sentencia de primera instancia (septiembre 30 del mismo año), la competencia para conocer del delito había sido adscrita al Juzgado Superior de Zipaquirá por virtud del Decreto 2270 de 1989, que modificó la división judicial del país creando para el departamento de Cundinamarca los Distritos Judiciales de Bogotá y Cundinamarca y para este último el Circuito de Juzgados Superiores de Zipaquirá, con sede en dicha ciudad y competencia en los Circuitos Judiciales de Zipaquirá, Ubaté, Chocontá, Pacho y La Palma.

Y como quiera que los hechos ocurrieron en jurisdicción de Ubaté, la competencia para conocer del asunto correspondía de modo exclusivo al Juzgado Superior de Zipaquirá y no al de Santafé de Bogotá.

Solicita casar la sentencia recurrida dando aplicación al artículo 229 del C. de P. P.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide desestimar la demanda por las fallas que presenta y porque "su ausencia de correspondencia en la confrontación de los contenidos del proceso la condenan inexorablemente al fracaso".

Examinando los cargos formulados a la sentencia comenzando por el de nulidad por incompetencia del juez, aduce que no está llamado a prosperar porque para la fecha en que el Juzgado Octavo Superior de Bogotá profirió la sentencia de primera instancia (30 de septiembre de 1991) aún no había empezado a "despachar" el Juzgado Superior de Zipaquirá, creado por el Decreto 2270 de 1989, que sólo lo hizo a partir del 3 de octubre del mismo año.

Y ocupándose del cargo por violación directa de la ley por inaplicación del artículo 21 del Código Penal, hace un recuento de los fundamentos fácticos tenidos en cuenta por el Tribunal Superior para deducirle responsabilidad al acusado por el hecho culposo sobre la base de encontrarse demostrada la relación de causalidad existente entre la acción imprudente ejecutada por Juan María Garzón Murcia y la consecuencia de esa acción, o sea, la muerte de su compañero de viaje Francisco Javier Torres Suárez, concluyendo que el censor pretermitió "de manera ostensible la especialísima regla de casación, según la cual cuando de violación directa se trata, el impugnante debe guardar fidelidad con los hechos que el Tribunal estimó convenientemente acreditados en el plenario, pues de no respetarse su reseña objetiva se corre el grave riesgo, *ab initio*, de replantear los mismos, con olvido de que su debate ya tuvo el debido espacio en las instancias, no siendo entonces dable revivirlo en sede de casación, cuya finalidad, como bien se sabe, se halla circunscrita exclusivamente al examen de la legalidad de la sentencia.

"Esta ha sido la regla de oro en la censura a título de quebranto inmediato, ya que se considera que la discusión entablada debe girar en puro derecho y no respecto de los hechos que la prueba revela. Cuando así no procede el ataque, lo único que logra es anteponer su personal criterio al del sentenciador, con nugatorio efecto frente a la prevalencia de éste por la consabida presunción de acierto y legalidad de que viene precedida, quedándose por consiguiente sin demostración el cargo postulado y fallida la pretensión".

Consideraciones de la Corte

En orden lógico y prioritario examinará la Sala los cargos formulados a la sentencia comenzando por el de nulidad, consistente en falta de competencia del Juez que dictó la sentencia de primera instancia, esto es, el Octavo Superior de Bogotá; reparo que no puede fructificar porque, como atinadamente observa la Procuraduría Delegada, para la fecha de su proferimiento (30 de septiembre de 1991) no había entrado en funciones el Juzgado Superior de Zipaquirá, lo que vino a suceder el 3 de octubre del citado año, "tal como se advierte en los kárdex de la Relatoría del Tribunal Superior de Cundinamarca, el que también entró a funcionar tardíamente, esto es, el primero (1º) de septiembre de 1990. Así se desprende también de la sentencia de 21 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, la cual aparece publicada en su Revista, sección Sala Penal, 1991, páginas 99-100, cuyos apartes pertinentes se reproducen a continuación:

"...y es también cierto que hasta la fecha... no obstante la creación del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sasaima, los Jueces del Circuito de Bogotá no podrán desprenderse de los negocios que tramitan... porque hasta el momento no tienen a quién enviárselos... por lo que imperioso es entender que tácitamente esa competencia les fue prorrogada hasta tanto se produzca el nombramiento y posesión de quien ha de ejercer

las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de Soacha, *prórroga que se extendió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá hasta cuando esta Corporación de Cundinamarca empezó a funcionar en el mes de septiembre de 1990*" (destaca la Procuraduría Delegada).

Como el Decreto 2270 de 1989, que introdujo modificaciones a la división judicial del país ratificando la creación para el Departamento de Cundinamarca del Distrito Judicial del mismo nombre y el Juzgado Superior de Zipaquirá con jurisdicción sobre el municipio de Ubaté nada dijo al respecto, debe entenderse en sana hermenéutica que la competencia asignada a cualquiera de los Juzgados Superiores de Bogotá, en este caso al Octavo, tácitamente se prorrogaba hasta tanto hubiera sido provisto su homólogo de Zipaquirá.

Es cierto que se había creado el Juzgado Superior de Zipaquirá, pero no había entrado en funcionamiento para la época de los hechos; luego el Juzgado Octavo Superior de Bogotá mantenía la competencia desde el punto de vista funcional, como lo anota el representante del Ministerio Público, hasta tanto entraran en actividad los nuevos juzgados.

El Juzgado Superior de Bogotá que dictó la sentencia de primera instancia no excedió los límites territoriales de su jurisdicción invadiendo la órbita del Juzgado Superior de Zipaquirá, afectando con ello la validez de dicho acto por falta de competencia, simplemente porque para entonces no podía arrebatar por sustracción de materia la competencia asignada a un despacho judicial que no tenía real existencia.

Respecto al cargo por violación directa de la ley sustancial en su modalidad de exclusión evidente del artículo 21 del Código Penal, que trata de la relación de causalidad en el delito, no cabe duda de que el demandante apoya su reproche en el desconocimiento de las bases probatorias del fallo impugnado, lo cual le está vedado a quien se acoge en casación a dicha vía, siéndole forzoso aceptar los hechos como quedaron plasmados y fueron apreciados y valorados en la sentencia, limitándose a controvertir a través de razonamientos de estricto derecho los defectos de aplicación de la ley, ya por haber sido ignorada, ora por haber sido seleccionada equivocadamente o por habérsele interpretado erróneamente; exigencia de orden técnico que la Corte no ha cesado de recordar en forma por demás reiterada y uniforme y que la Procuraduría Delegada pone de presente para desestimar la censura.

En efecto, desconociendo abiertamente el impugnante que la responsabilidad penal de su asistido Juan María Garzón Murcia se dedujo de conducta atribuible a título de culpa por omisión de un deber de cuidado como era la prohibición de adelantar un vehículo en sitio no permitido, conclusión a la que llegó el Tribunal Superior a través de un examen global y coherente de las pruebas aducidas al proceso, afirma a renglón seguido que la causa principal del accidente obedeció al comportamiento del sindicado Adelmo Contreras al detener intempestivamente la camioneta que conducía sin accionar las luces direccionales, predicando ausencia de nexo causal entre la conducta de su representado y el resultado producido: muerte de la persona que viajaba como su acompañante.

La violación directa o inmediata de la ley no puede sustentarse sobre un replanteamiento de los hechos procesales con miras a que estos sean enjuiciados de manera diferente de como lo fueron en la sentencia porque un enfoque de tal naturaleza

supone la presencia de protuberantes errores de apreciación probatoria que obligan al recurrente a acudir a la violación indirecta de la ley.

La presentación de cargo y su fundamentación son a todas luces incorrectas, dando al traste con la pretensión que busca quebrar el fallo de condena por la vía de la violación directa de la ley sustancial ignorando o pasando por alto que la muerte de Francisco Javier Torres Suárez fue el resultado de conducta culposa atribuible exclusivamente al procesado Juan María Garzón Murcia, apreciación a la que arribó el sentenciador de segunda instancia basado en los siguientes hechos indiciarios extraídos del caudal probatorio: la colisión se produjo en momentos en que la camioneta se encontraba parada a la espera de hacer el cruce permitido hacia la población de Cucunubá; la vía donde ocurrió el accidente es recta, pavimentada y contaba con buena iluminación artificial; el exceso de velocidad a que viajaba el conductor del automóvil se infiere de los destrozos y abolladuras sufridos por dicho vehículo y la pretensión de adelantar otro vehículo en sitio no permitido para ello.

La equivocación de la vía escogida para el ataque a la sentencia, no susceptible de enmienda en razón de la causal de casación incoada y de las limitaciones propias del recurso, lleva a la ineptitud sustancial de la demanda.

Por lo demás, si el resultado del hecho punible (muerte de la víctima) fue la consecuencia del obrar imprudente del conductor del vehículo Mazda, la relación de causalidad entre dichos factores exigida por el artículo 21 del Código Penal como requisito para proferir sentencia de condena se da de modo inobjetable.

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 Juan María Garzón Murcia, 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 Cerezo Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO / FUERO

El obligado nexo que entre la investidura oficial o las funciones inherentes a un determinado cargo (no a otra fuente distinta de ingresos), requiere insustituiblemente el artículo 148 del Código Penal para hacer penalmente reprochable un acrecentamiento patrimonial obtenido. / Los tipos penales subsidiarios presuponen la existencia de otras infracciones en cuya descripción no encajan. / Singularizando el caso del enriquecimiento ilícito, de tiempo atrás tenía ya precisado por su parte la doctrina que la subsidiaridad en él "...opera de modo diverso, por cuanto en estricto sentido no se trata de que el hecho no constituya otro delito, sino de que no aparezca demostrada en concreto la comisión de uno o varios delitos cumplidos en el ejercicio del cargo". / La imputación al exclusivo desempeño simultáneo de dos destinos públicos remunerados por el erario indica su atipicidad frente al delito de enriquecimiento ilícito, porque ninguna relación de causa o efecto llega a tener uno cualquiera de los cargos desempeñados frente al recibo de remuneración por el segundo, cualquiera sea de ellos el que se tome como referencia, conclusión que de ninguna manera interfiere la eventual persecución del hecho dentro del ámbito disciplinario. / Cuando se alegó en el proceso que el imputado había sido elegido congresista, y entrando en vigencia la nueva Carta Constitucional que otorga competencia a la Corte para la instrucción y juzgamiento de estos aforados, la Asamblea Constitucional había revocado su mandato y convocado a nuevas elecciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7906.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 090. Octubre 7 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de octubre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado Luis Alfredo Gómez Perdomo en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 27 de mayo de 1992, decisión que al desatar el recurso de alzada interpuesto por la Fiscal Segunda del Circuito de Neiva revocó el fallo

absolutorio de primer grado para en su lugar condenar al acusado a la pena principal de un año de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y veinte mil pesos de multa como responsable del delito de enriquecimiento ilícito por el cual había sido llamado a responder en juicio.

Hechos y Actuación Procesal

1. El ciudadano Tarcisio Oviedo Acevedo demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila las elecciones correspondientes al período de 1988 a 1990 en las cuales resultara electo diputado de ese departamento y concejal del municipio de La Plata Luis Alfredo Gómez Perdomo, resultando imprósperas la primera acción pero efectiva la segunda.

A instancias del mismo actor la jurisdicción contencioso-administrativa expidió copias para que se investigara a Gómez Perdomo, pues de lo acreditado se establecía que al adelantar la campaña política y durante el ejercicio del cargo de diputado, el imputado permanecía vinculado como asistente del parlamentario Roberto Liévano Perdomo, hechos que se consideraron lesivos para la administración pública.

2. La investigación fue abierta por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de La Plata, y asumida posteriormente por el Juzgado Diecinueve de la misma especialidad y sede, y a ella se vinculó al imputado mediante emplazamiento y declaración formal de ausencia, siendo resuelta su situación de fondo mediante resolución acusatoria que concretó los cargos de abuso de autoridad por intervención en política y enriquecimiento ilícito

Impugnada la decisión calificatoria, el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva la modificó para excluir el abuso de autoridad, dejando en firme el cargo de enriquecimiento ilícito, e impulsada la causa por cuenta del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva, la instancia culminó mediante la sentencia absolutoria que recurrió en alzada la Fiscal Segunda del Circuito.

Al conocer de la apelación mediante el fallo que resulta ahora motivo de impugnación extraordinaria, revocó el Tribunal la providencia de la *a quo* para sustituirla por la de condena a la cual se ha hecho referencia, que a las penas principales agregó el otorgamiento de la condena de ejecución condicional por el término de dos años y la obligación genérica de satisfacer el valor de los perjuicios materiales a favor del Estado.

La Demanda

Un solo cargo formula el censor en contra del fallo de segunda instancia con invocación de la causal primera de casación, numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que el Tribunal violó la norma sustancial del artículo 148 del Código Penal por interpretación errónea, pues existe "atipicidad de los hechos investigados" según lo acogió el juzgado de primera instancia, cuya determinación absolutoria debió ser ratificada.

Remitiéndose al criterio de tratadistas nacionales, el censor afirma que "el delito de enriquecimiento ilícito no se comete por el solo hecho de haber tenido dos empleos oficiales y haber recibido dos salarios del Tesoro Público, pues, aunque esta conducta

es reprochable, no es ilícita, constituyendo apenas una falta disciplinaria que debe ser corregida y sancionada administrativamente por la Procuraduría, pues para transgredir el artículo 148 del C. P. se requería que por razón del cargo o de sus funciones Gómez Perdomo hubiese exigido a terceros utilidades indebidas, o lo que en la voz popular se conoce con el nombre de la 'X' o la 'tajada', que se sabe acostumbran a pedir a los particulares algunos funcionarios públicos y más generalmente los agentes de tránsito ...obteniendo de esta manera ganancias y aumento de su patrimonio con indebidas actuaciones y exigencias ilegales con base en el cargo que desempeñan o por las funciones del mismo...".

Reiterando las citas doctrinarias y proponiendo nuevos ejemplos encaminados a descontar por contraste la adecuación típica de la conducta del acusado a la descripción legal del enriquecimiento ilícito concluye afirmando que por su distanciamiento con los parámetros fijados en la doctrina respecto de esa infracción el Tribunal se empecinó en su error al sostener "que el solo hecho de haber, Gómez Perdomo, ejercido simultáneamente por 35 días dos empleos oficiales y haber recibido dos salarios del Tesoro Público en ese período, cometió el delito que nos ocupa, incurriendo en la violación de la ley sustantiva, pues, en realidad, para que ...hubiera cometido un punible de enriquecimiento ilícito, tenía que haber utilizado su cargo o la importancia de sus funciones, para adquirir bienes, dinero o prebendas que acrecentaran su patrimonio económico, pues, como ya se ha dicho y así lo estimó con mucha lógica y sentido jurídico la señora Jueza Quinta Penal del Circuito, la conducta de Luis Alfredo Gómez Pérdomo frente este hecho es atípica, porque la misma constituye no un ilícito sino una falta disciplinaria".

Concepto del Procurador

Descorrió traslado el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal mediante concepto abiertamente favorable a las pretensiones de la demanda, considerando con el defensor que los hechos imputados al acusado, señor Gómez Perdomo, no incluyen varios de los elementos que harían adecuable la conducta al tipo del enriquecimiento ilícito

Reproduce para comenzar su concepto vertido con ocasión de un proceso similar resuelto por la Sala dentro del cual se hizo amplio análisis del verbo rector, la relación causa, que ha de ligar el desempeño funcional y el incremento patrimonial, así como de la no justificación del enriquecimiento en cuanto estos aspectos constituyen punto cardinal del análisis de la conducta del acusado, recordando que también la Corte precisó la naturaleza de este ilícito como tipo subsidiario, resaltando de todo lo anterior que no por el simple hecho de descubrirse al acusado como infractor de una norma constitucional podría deducírsele la comisión de un hecho penal o disciplinariamente relevante, pues una afirmación tan genérica como aquella que le sirve de base al Tribunal desconoce el principio de legalidad de raigambre superior.

Reafirmando que en el enriquecimiento ilícito el incremento económico debe provenir de un actuar contrario a la ley pero relacionado con el ejercicio del respectivo cargo o las funciones, agrega que la errónea interpretación del Tribunal se hace notoria "al considerar que los salarios recibidos acrecentaron el patrimonio del procesado de manera injustificada", pues "se inició la construcción del tipo con presupuestos errados,

como se ha resaltado, al estimar que al percibir Luis Alfredo Gómez Perdomo doble remuneración del "Tesoro Nacional" había incurrido en esa conducta delictuosa; es decir, parte del mero resultado del comportamiento -responsabilidad objetiva-, aunque ello tampoco sería reprochable desde la órbita penal, sin detenerse a examinar los demás ingredientes normativos del precepto; como por ejemplo la fuente del enriquecimiento presunto que en la sentencia acusada es el trabajo, que es labor lícita consagrada en el marco constitucional como un derecho fundamental.".

Tampoco reparó el Tribunal, dice el Ministerio Público, en que la exigencia legal de ser el enriquecimiento "injustificado" daba cabida para que el procesado o la justicia acreditaran su verdadera fuente, que bien podría resultar proveniente de una causa ilícita, ora resultado de un delito anterior cometido o no en razón de las funciones o del cargo, siendo en cualquiera de los dos casos suficiente esa demostración para romper la estructura del enriquecimiento ilícito como delito subsidiario que es.

"Si tal es la situación -termina la delegada- débese concluir que en el caso de este proceso no puede derivarse responsabilidad penal alguna al encausado Luis Alfredo Gómez Perdomo porque suficientemente se ha comprobado el origen de su magra fortuna: el desempeño simultáneo de dos cargos públicos cuyos salarios concurrieron al incremento patrimonial. Esta conducta no es, obviamente, constitutiva del delito definido en el artículo 148 del Código Penal, por el cual fue sentenciado el recurrente; y por consiguiente, claramente establecida se encuentra la violación directa de la ley alegada en la demanda.

La solicitud consecuente apunta a la casación del fallo impugnado, para que en sustitución absuelva la Corte al acusado de los cargos que en su contra contiene la resolución de acusación.

Consideraciones de la Sala

Cumple ante todo aclarar que así la demanda contenga algunas fallas formales, no es el alcance de esos defectos suficiente para impedir el pronunciamiento de la Corte, pues dentro de su análisis conjunto emana claramente que es al cuerpo primero de la causal primera de casación que la alegación apunta, en cuanto sin referencia ni contradicción alguna a los hechos o las pruebas del debate, claramente se orienta la acusación a demostrar que el error atribuido al *ad quem* se concretó al darle un equivocado alcance al precepto del artículo 148 del Código Penal, aplicándolo para reglar y sancionar un comportamiento atribuido al procesado, que lejos se hallaba de corresponder con los elementos externos del enriquecimiento ilícito.

Igualmente intrascendente para enervar la decisión de fondo debe admitirse la invocación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal actual, cuando la misma causal que se aduce se contenía en el artículo 226 del Decreto 052 de 1987, que rigió el proceso y debió invocarse como norma aplicable.

Centrada la atención en el tema del debate dentro del cual plantea el impugnante una errónea interpretación del Tribunal respecto del tipo penal descrito en el artículo 148 del Código Penal, no podrá menos la Sala que coincidir con las críticas que al fallo dirigen el casacionista y la Procuraduría Delegada, porque apenas traduce y resume la providen-

cia sometida a examen toda la confusión que acusaron las instancias alrededor de las posibles adecuaciones de la conducta del acusado a las normas penales, intentando alternativamente su reproche bajo el abuso de autoridad por intervención en política, el enriquecimiento ilícito y aun el peculado por error ajeno, que tan pronto planteó como abandonó el Ministerio Público ante el Tribunal con motivo de la calificación de fondo.

De esa desorientación conceptual dan fe los razonamientos del *ad quem* en su sentencia, erráticos en la precisión del sujeto activo de la infracción, equivocados en su análisis de la relación causal entre el ejercicio funcional y el incremento patrimonial del acusado y desacertados una vez más con relación al concepto de subsidiariedad del tipo que maneja para deducir la punibilidad de la conducta predescrita.

1. La infracción sobre la cual se centra este debate se halla definida en la ley penal en los términos que siguen:

"*Artículo 148. Enriquecimiento ilícito.* El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.

"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado".

Refiriéndose el precepto a un sujeto activo cualificado, resultaba de rigor determinar el empleo dentro del cual realizaba el acusado las funciones con cuyo abuso obtuvo el reprochable enriquecimiento, clarificación que con mayor énfasis se impone al destacar que no fue una sino doble la vinculación oficial del acusado.

Lejos de concretarse por el Tribunal este punto de partida, la ambigüedad de su planteamiento se hace evidente al mencionar de modo alternativo el empleo de asistente de congresista que desempeñaba Luis Alfredo Gómez y su diputación a la Asamblea del Huila, cuando no se insinúa que la infracción radicó precisamente en el doble ejercicio de aquellos cargos, lo que de suyo constituye un contrasentido, porque ninguno de los dos destinos públicos guardaba relación con el otro para poder hallar una relación causal o derivación que entrara a suplir las otras exigencias de la norma. Así se lee al respecto en el fallo recurrido:

"Indiscutible aparece que Luis Alfredo Gómez Perdomo recibió en forma simultánea dos remuneraciones del erario oficial cuando en 1988 se desempeñaba como asistente senatorial y, a la vez, concurrió a sesiones ordinarias y extraordinarias a la Duma Departamental como miembro principal (fls. 214, 101, 217, y 218 del cuaderno del sumario) en noviembre y diciembre de ese año.

"Esta evidencia procesal no es objeto de debate, como tampoco lo es la calidad de empleado oficial del sujeto activo, de conformidad con el artículo 63 del C. P.".

O Luis Alfredo Gómez Perdomo incurrió en la infracción por abuso de su empleo o funciones de asistente del senador Liévano Perdomo, o su comportamiento resultaba reprochable dentro del ejercicio de la diputación a la Asamblea del Huila, porque la estructura del tipo exigía que el incremento injustificado de su patrimonio surgiese "por

razón" de alguno de esos cargos o de esas diferentes funciones, valga decir dentro de una relación de causa a efecto con una investidura o con el ejercicio de unos concretos y precisos deberes. El Tribunal no llegó a dirimir cabalmente este aspecto, pues a cambio de hacerlo partió de la radicación desatinada del reproche en el ejercicio simultáneo de los dos empleos, y esa equivocación, según se abundará en seguida, le vino a conducir indefectiblemente al desacierto.

2. A cambio de analizar el Tribunal los empleos que en concreto ejerció el acusado y las funciones que a cada uno de ellos competían, tratando de establecer su posible relación con los ingresos obtenidos al margen de los pagos por nómina, la sentencia centró simplemente el reproche en la simultaneidad de las dos vinculaciones oficiales según en el siguiente aparte se explica:

"...para el caso no se pueden aislar las dos situaciones, es decir, tomar separadamente un cargo o función para predicar de que no ha sido por razón de él el incremento patrimonial. Aquí, escindir las situaciones laborales en que se comprometió el procesado no sólo constituye un sofisma, como lo afirma el Ministerio Público apelante, sino que dada su coexistencia o coetaneidad necesariamente deben tomarse como una sola, o sea, en forma global y no es jurídica ni siquiera realmente separable, porque por razón del ejercicio de uno y otro se obtuvo la doble remuneración llevando consigo el acrecentamiento económico en el ingreso del funcionario" (sic).

De esta argumentación emerge que ni siquiera resultaba menester acudir a prueba indiciaria para determinar de dónde provendrían las sumas percibidas por el acusado no generadas en su exclusiva nómina oficial, pues lo que desde un comienzo se sabía demostrado era, precisamente, que como origen esas sumas tenían la prestación de otras funciones diferentes de las asumidas como asistente en el Congreso, o si se quiere mirar la situación desde el otro extremo, que los dineros no percibidos como diputado los había obtenido Gómez Perdomo laborando como dependiente del congresista Llevano Perdomo.

El obligado nexo que entre la investidura oficial o las funciones inherentes a un determinado cargo (no a otra fuente distinta de ingresos) requiere insustituiblemente el artículo 148 del Código Penal para hacer penalmente reprochable un acrecentamiento patrimonial ilegítimamente obtenido, lejos de mostrarse inequívocamente en la sentencia (art. 3º Código Penal), vino incorrectamente a suplirse por una interpretación extensiva y ajena a los términos del precepto, pues donde obligaba señalar la relación causa-efecto centró a recriminarse un comportamiento éticamente censurable y constitucionalmente vedado, propio tal vez de la atención y represión disciplinaria, pero desajustado a la descripción precisa del precepto penal, invocado aquí con fines netamente represivos. De esa expresión vertida de un propósito meramente ético da fe el siguiente párrafo:

"...no sólo los actos contrarios a las leyes constituyen la ilicitud, sino también las indelicadezas y todo comportamiento que rinda con ética y la pulcritud que debe siempre acatar el funcionario público". De modo que de acreditar que su patrimonio gozó de un crecimiento por el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos no sólo es antiético sino inconstitucional y, cabe recordar, la supremacía de una disposición de este rango (artículo 64 C. N. -hoy 128 C. N.-) que hace que perfectamente pueda sancionarse su desobedecimiento con el precepto penal por el que se le acusó (artículo 148 C. P.). De no hacerlo sería dejar una gran puerta abierta para que funcionarios deshonestos desangren al Estado impunemente".

Lejos, pues, de explorar y demostrar la existencia del nexo de causalidad entre una cualquiera de las actividades funcionales o la investidura del acusado y el enriquecimiento tildado de injustificado y consistente en la percepción de sueldos por el ejercicio de cargos diferentes, cuanto el fallo asevera al resaltar la fuente de los dos ingresos es precisamente la ausencia de los elementos del tipo del precepto que invoca, pues es de toda claridad que si el sueldo percibido como diputado no guardaba relación alguna con el empleo de asistente, de ninguna manera podía considerar que éste era la causa de aquél.

3. Ahora bien, según se ve de las razones que sustentan el fallo de condena, tal argumentación deriva en que la causalidad no es necesaria, porque tratándose de un tipo subsidiario, basta la sola invocación de esa característica para satisfacer la aplicación del precepto en mas de impedir la impunidad de transgresiones constitucionales o comportamientos inmorales.

El desacierto de semejante aiirmación que en la sentencia se completa con el siguiente aparte resulta a todas luces evidente:

"Si con el artículo 148 del C. P. se pretende castigar aquellas conductas que no encuentran cabal ajuste en los tipos especiales que le preceden dentro del mismo título -dice el Tribunal-, no quiere ello decir que el enriquecimiento ilícito siempre debe nacer o surgir de un delito porque la norma es subsidiaria y de ahí que diga que siempre y cuando no constituya otro delito".

Bajo esta admonición se advierte una nueva y no menos infortunada confusión sobre la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, pues mientras que los tipos penales subsidiarios presuponen la existencia de otras infracciones en cuya descripción no encajan, el Tribunal interpretó la subsidiariedad como una autorización de sancionar conductas meramente inmorales o incluso disciplinariamente relevantes pero en general atípicas, por el solo hecho de ser génesis de ganancias distintas de las retribuciones legales y propias del respectivo cargo.

Singularizando el caso del enriquecimiento ilícito, de tiempo atrás tenía ya precisado por su parte la doctrina que la subsidiariedad en él "...opera de modo diverso, por cuanto en estricto sentido no se trata de que el hecho no constituya otro delito, sino de que no aparezca demostrada en concreto la comisión de uno o varios delitos cumplidos en el ejercicio del cargo" (Luis Enrique Aldana Rozo, "El catecrático, el Procurador, el Magistrado", editorial Universidad Externado de Colombia, 1987, pág. 91), interpretación que en los términos siguientes acogió la Corte:

"Tal carácter subsidiario que se le dio al punible no fue para solucionar posibles conflictos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la Administración Pública.

"Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permitió establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., había necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria.

"Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido".(Cfr. sentencia de segunda instancia, noviembre 21 de 1990. Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz).

Lejos de darse estas condiciones en la conducta atribuida en autos al señor Gómez Perdomo, y concretada la imputación (desprendida ya de otros ingredientes circunstanciales analizados y superados en providencias precedentes) al exclusivo desempeño simultáneo de dos destinos públicos remunerados por el erario, la conclusión evidente indica su atipicidad frente al delito del enriquecimiento ilícito, porque ninguna relación de causa a efecto llego a tener uno cualquiera de los cargos desempeñados frente al recibo de remuneración por el segundo, cualquiera sea de ellos el que se tome como referencia, conclusión que de ninguna manera interfiere la eventual persecución del hecho dentro del ámbito disciplinario, frente al cual bien podrían deducirse otras conclusiones como resultas del desconocimiento del artículo 64 de la Constitución Política vigente para la fecha de ocurrencia.

Probada como se ve la atipicidad de la conducta imputada al acusado, ninguna decisión distinta de la casación del fallo de condena se vislumbra, como consecuencia de la cual procederá dictar en su reemplazo la absolución que de consuno impetran el casacionista y la Delegada.

Considera la Corte necesario, para finalizar, dejar en claro que ninguna causal de nulidad asoma en estas diligencias derivada de un amparo foral del acusado, pues cuando se alegó en el proceso que el imputado había sido elegido congresista, y entrado en vigencia la nueva Carta Constitucional que otorga competencia a la Corte para la instrucción y el juzgamiento de estos aforados, la Asamblea Constitucional había revocado su mandato y convocado a nuevas elecciones, circunstancia a la cual se suma para ratificar la competencia y el acierto del procedimiento aquí seguido, la ajenidad del hecho investigado frente a las funciones o el cargo de senador o de representante en el caso del enjuiciado señor Luis Alfredo Gómez Perdomo.

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

RESUELVE:

Primero. *Casar la sentencia* motivo de impugnación extraordinaria, y

Segundo. *Absolver* como consecuencia al acusado Luis Alfredo Gómez Perdomo frente al cargo que por el delito de enriquecimiento ilícito le mereció enjuiciamiento dentro de esta actuación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase 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.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / PRUEBA / DERECHO DE DEFENSA / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La nulidad por omisión en la práctica de pruebas se presenta en el evento de que los medios omitidos tengan la potencialidad de demostrar la inocencia del procesado o una modificación sensible y favorable de su situación, en cuyo caso se vulnera el derecho de defensa, haciéndose indispensable al recurrente entrar a demostrar de qué manera la ausencia de esos medios en concreto pudo afectar en su sentido el fallo respectivo. / Es cierto que la falta de motivación de las sentencias constituye un vicio insubsanable que vulnera el debido proceso. / Manifestar que no se tuvieron en cuenta algunos testimonios es argumentación que se encamina a un falso juicio de existencia, la alegación que corresponde a la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial. / Impropio pretender que en sede de casación entre la Corte a ocuparse de la revisión y análisis general del expediente en búsqueda de todos los errores que puedan afectar el procedimiento o la legalidad y acierto de la determinación que se recorre. En este recurso extraordinario es al demandante y sólo a él a quien incumbe demarcar los derroteros y señalar las precisas pautas del ataque a la sentencia, dentro de las taxativas causales, la técnica y la lógica que caracterizan la impugnación extraordinaria, pues, a diferencia de la amplitud con la que actúa el juez en las instancias, el recurso de casación se supedita por el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, cuya desatención por parte del actor conduce a que sus peticiones no prosperen. / Para que la nulidad por errónea calificación prospere es necesario demostrar que el delito al cual refiere la resolución acusatoria no se da porque en su lugar se está frente a otra infracción de la cual se ocupa el Código Penal en título y capítulo diferentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7878.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 99.

Santafé de Bogotá, D. C., 29 de octubre de 1993.

Vistos

Decide La Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Baudilio Antonio Cárdenas Torres y su defensor en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de junio de 1992 mediante la cual se confirmó integralmente la de condena que por el delito de homicidio emitiera en la primera instancia el Juzgado Veintisiete Superior de la misma ciudad, imponiendo al acusado la pena principal de diez años de prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y la obligación de sufragar la suma de siete millones de pesos por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a 300 gramos oro por perjuicios morales.

Hechos y Actuación Procesal

1. El 17 de abril de 1991 invitó Baudilio A. Cárdenas Torres a un grupo de vecinos a su casa, localizada en la Transversal 77-C número 51 65, barrio San Ignacio de esta ciudad, celebrando la compra de un vehículo y dedicándose con ellos al consumo de licor. Pasada ya la medianoche, desenfundó el anfitrión un revólver para hacer varios disparos desde la terraza, y regresando a la Sala lo apuntó repetidamente en contra de Edgar Urrea Patiño, requiriéndolo para que se quitara el sombrero, temiendo que lo deteriorara, terminando ante la negativa de su visitante por apuntarle a la cara y dispararle, causándole la muerte.

2. Las diligencias previas las adelantó el Juzgado 75 de Instrucción Criminal de Bogotá, y la investigación le correspondió por reparto al Juzgado 88 de la misma especialidad, despacho que vinculó mediante indagatoria al acusado Baudilio Antonio Cárdenas Torres profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva; una vez clausurara la etapa de instrucción le formuló Resolución de Acusación por el punible de homicidio.

Ante el entonces Juzgado 27 Superior de la misma ciudad se adelantó el enjuiciamiento, dentro del cual se practicaron algunas pruebas; culminada la diligencia de Audiencia Pública, desatendiendo el pedimento del señor Representante del Ministerio Público para que se condenara al imputado por el delito de Homicidio Culposo y se le concediera el subrogado de la condena de ejecución condicional, el Juzgado emitió sentencia condenatoria, imponiéndole las penas anteriormente señaladas. Al ser apelada la anterior providencia, obtuvo confirmación integral por parte del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá: decisión ésta que a su vez fue recurrida en Casación.

La Demanda

Al amparo del artículo 226 (artículo 15 del Decreto 1861 de 1989), hoy 220 del Código de Procedimiento Penal, cuatro cargos le formula el defensor a la sentencia, tres por la vía de la causal tercera y uno por la primera, que a su vez remata en planteamiento de nulidad con tangencial alusión a la casación oficiosa del artículo 228 *ibidem*.

En el primer cargo, apoyado en la causal tercera de casación y citas de doctrina alusivas a las consecuencias procesales de la omisión de pruebas relevantes, pretende el demandante que la Corte decrete la nulidad de la actuación por adolecer de fundamentales fallas probatorias generadas en la desidia del instructor, que pese a advertirlas no las remedió, como a la inercia del juzgador, que desaprovechó su competencia y la oportunidad de corregirlas dentro de la diligencia de audiencia. Concretamente se dicen vulneradas las formas propias del juicio y el derecho a la defensa por la omisión de dos pruebas fundamentales dentro del juicio de culpabilidad, valga decir, la inspección judicial con "escenificación" de las versiones del procesado y los declarantes, y el dictamen de balística, elementos que pudieron determinar la posición y distancia de los protagonistas del suceso y la trayectoria del proyectil, modificando sustancialmente la responsabilidad por el concurso de "circunstancias específicas de atenuación punitiva o el reconocimiento de un tipo más benigno -culpa sin previsión- en desarrollo de la tesis del homicidio culposo".

El cargo segundo, referido a la inadecuada valoración probatoria y a la motivación anfibológica -de la resolución de acusación- se orienta en criterio del casacionista a aducir la presencia de vicios que afectarían la sentencia en cuanto el juzgador apenas se ocupó del aspecto básico e innegable de la autoría, pero olvidando "a sabiendas" pruebas como la de "alcoholemia" virtualmente indicativa de una inimputabilidad transitoria, y declaraciones como las de Víctor Julio Sánchez, Ramón López Vargas, Raquel Prieto Giraldo y David Marcelino Urrea Beltrán, las cuales apuntaban a la "inequívoca demostración de una culpa sin previsión".

Se dio así por evidente el dolo, cuando los citados testigos lo excluían, a pesar, inclusive, de las alegaciones fiscales que reclamaban para que "se enfocara el tema hacia el terreno de la culpa".

También se calló el alcance de la prueba de alcoholemia que podía llegar a demostrar una posible inimputabilidad transitoria por la alta concentración de alcohol circulante en el torrente sanguíneo.

Luego, en lo que denomina "resumen del cargo", cita como vulnerados en detrimento del debido proceso y de la libertad del incriminado los artículos 26 de la antigua Carta Política -hoy 29- porque de otro modo el acusado estaría gozando de la condena de ejecución condicional, reclamando una vez más que las pruebas no fueron analizadas en su conjunto, ni determinadas en su mérito y contenido.

En el cargo tercero, enfocado de nuevo dentro de la causal tercera de casación, el actor persiste en considerar afectada de "nulidad insubsanable" la sentencia por violación de las formas propias del juicio y del derecho de defensa, argumentando esta vez falta de "idoneidad" de la prueba de "alcoholemia" que Medicina Legal debió adicionar evaluando el severo compromiso de las facultades volitiva e intelectiva del autor del disparo por efecto de la cantidad de alcohol hallada en su sangre. Como esta prueba no contenía esa complementación, el instructor estaba obligado a remitir el dictamen al Departamento de Psiquiatría para determinar la presencia de una posible "inimputabilidad transitoria", si es que abrigaba duda acerca de la "culpa sin previsión" que asomaba de aquella prueba imperativa según el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal.

Educación para el cambio social

Por último y dentro de un cuarto cargo, invocando ahora la causal primera de casación, escoge el actor el derrotero de la violación directa de la ley sustancial, por error en la adecuación típica de la infracción, sólo que el planteamiento de nuevo "desemboca" en el de una nulidad derivada de la comprobada existencia de "irregularidades sustanciales", dado que la condena debió operar por un delito culposo de homicidio cuya pena máxima no superaría los 24 meses de prisión, no por el intencional o doloso, que implicó para el enjuiciado su privación de la libertad por el lapso de diez años.

En este caso, argumenta, fueron por el Tribunal indebidamente aplicados los artículos 323 y 36 del Código Penal, porque sin tener acreditado el dolo, la conducta se desacomodaba al precepto aplicado, correspondiendo en cambio al artículo 329 en armonización con el 37 del mismo ordenamiento, incurriéndose en manifiesto error de adecuación porque "los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos hipotetizados o condicionados del precepto"; la conducta del procesado "no podía enmarcarse dentro de un contexto intencional o doloso... desechando gratuitamente la presencia de la culpa". La sentencia, añade, no podía simplemente desechar la culpa sin previsión para imponer en su lugar "criterios puramente objetivos".

Para demostración de este cargo el casacionista acude a citas de la doctrina atinentes al interés jurídicamente tutelado, la tipicidad, el error en la escogencias de los elementos del tipo, la culpa con y sin representación, y el dolo.

De la misma manera se refiere a los dichos de David Marcelino Urrea Beltrán -padre del acusado- y de lo expresado por este último en su indagatoria para hacer hincapié en la amistad que Baudilio tenía con el ofendido, relación de la cual infiere ausencia de la intención homicida.

En un capítulo final que alude a la incidencia de los errores en el juicio de responsabilidad, el demandante avoca la indebida aplicación del artículo 36 del Código Penal acusándolo como de menor contenido o riqueza descriptiva en detrimento de la libertad del acusado, que de haber sido condenado por homicidio culposo tendría derecho a la condena de ejecución condicional, como reconocimiento de haber sido su confesión fundamento del fallo de condena, postura que alterna una vez más con conceptos doctrinales para reprocharle al juzgador que contrariando el parecer de las Fiscalías según las cuales tan "sólo existe la prueba de una simple responsabilidad culposa", le hubiera endilgado al acusado un dolo eventual, sin existir en el expediente pruebas demostrativas de la representación o previsión del resultado dañoso, lo que le muestra al censor "inexplicable" el parangón que se hace entre la culpa con representación y el dolo eventual, desconociendo con ello la existencia de la "culpa sin representación" en la que el sujeto actúa sin prever un resultado dañoso. Si en el proceso no existió prueba del dolo, y en su defecto éste se presume, se ha "entronizado un absurdo sistema de responsabilidad objetiva", que contraría la presunción de inocencia mediante una sentencia viciada de nulidad que al dar por existentes los elementos no probados del dolo debe la Corte invalidar junto con el proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal descalifica la demanda por confusa, carente de técnica y distanciada de la verdad procesal, señalando que el libelista

propone cargos excluyentes entre sí sin ajustarse a las expresas previsiones consagradas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, que si bien permite la proposición de cargos incompatibles, lo hace a condición de su formulación subsidiaria y separada.

El recurrente propuso de manera principal, simultánea y entremezclada, réplicas por la vía de la nulidad y de la violación de normas de derecho sustancial, sin reparar en la notoria disparidad de sus consecuencias, pues a un mismo tiempo reclama en el cargo primero la invalidación a partir de la resolución acusatoria, en el tercero, a partir del auto de apertura a pruebas de la fase de juzgamiento, para recabar en el cuarto reproche que se invalide desde el cierre de la investigación, sin que se pueda encontrar la armonía propia de un *petitum* al menos su coherencia con las argumentaciones que lo sustentan.

"Así mismo -continúa- en los dos últimos reparos denota una profunda confusión, pues pese a que el aspecto central de la censura lo hace residir en causales de nulidad, citando al efecto los preceptos constitucionales y legales sobre la materia, señala, además, como normas infringidas los artículos 323 y 36 del C. P. por concepto de indebida aplicación, y los artículos 329 y 37 *ibidem* por exclusión evidente, cuando semejante transgresión de la ley sustancial sólo puede fundarse en errores de juicio o vicios *in iudicando*, incompatibles a todas luces con los errores de actividad o vicios *in procedendo*, propios de las nulidades deprecadas.

"Pero la confusión, desacierto e indecisión se hacen más patéticos en la confección del libelo, en el cargo cuarto, donde luego de apoyarse en la causal primera de casación contemplada en el art. 220 del C. de P. P. por estimar la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, simultáneamente invoca vicios de nulidad debidos a la comprobada existencia de irregularidades sustanciales, por error en la calificación jurídica de la infracción y violación del principio de favorabilidad; para finalmente y después de una exhaustiva argumentación terminar desistiendo de la causal de casación inicialmente invocada al decir que aduce de manera exclusiva la causal tercera, no obstante haberse referido en un principio a la violación directa de la ley".

Adentrándose sin embargo en el análisis de cada uno de los cargos, precisa la Delegada que en los reproches primero y segundo, invocados de acuerdo con las previsiones de los artículos 29 constitucional, 304.2 y 220.3 del Código de Procedimiento Penal, originalmente se atacan la resolución acusatoria y luego las sentencias de primera y de segunda instancias por "omisión de la práctica de pruebas" y señalamiento de su alcance, fallas que de acuerdo con el criterio del casacionista impidieron apuntar a la demostración de una culpa sin previsión. Con esta alegación se desatiende que si bien la primera propuesta correspondería en verdad a la causal invocada (la negativa a la práctica de pruebas puede constituir violación del derecho de defensa siempre que se trate de medios con capacidad de modificar sustancial y favorablemente la situación del acusado), la segunda corresponde a la preceptiva de los ordinales 2° del artículo 442 y 4° del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal sobre requisitos formales de la resolución de acusación y la redacción de la sentencia.

El censor hace además dentro del mismo cargo un cúmulo de ataques que sólo sirven para crear un marcado desconcierto sobre su pretensión. Es así como afirma que se dejó de practicar la diligencia de inspección judicial con intervención de peritos topógrafo y fotógrafo a fin de escenificar las versiones sobre lo acontecido; que faltó el dictamen de Medicina Legal que permitiera ilustrar sobre aspectos de balística, -posiciones y

distancia entre los protagonistas y trayectoria del proyectil-; la falta de análisis de algunas declaraciones, o el desvío en el alcance de otras y el silencio respecto a la prueba de alcoholemia, elementos que hubiesen conducido a una condena inferior, y como consecuencia al otorgamiento de la condena de ejecución condicional, afirmando igualmente que se seleccionó equivocadamente el tipo penal, todo lo cual viene a constituir argumentaciones disímiles y contradictorias que apuntan, unas veces a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho -falso juicio de existencia o de derecho- por falso juicio de convicción, otras a la violación directa por falso juicio de selección de la norma, pero en ningún caso a la modalidad de la nulidad planteada, percibiéndose apenas un desacuerdo del censor con relación a la apreciación probatoria que el sentenciador efectuara.

Tampoco le asiste razón al recurrente cuando afirma que se dejaron de practicar o no se apreciaron algunas pruebas, y mucho menos en lo relacionado con la inimputabilidad transitoria que menciona en el segundo reparo, tomando como base la prueba de alcoholemia, por ser presupuestos falsos que no se ajustan a la realidad procesal, ya que los elementos de certeza que el censor enuncia como omitidos aparecen:

"A folios 26, 137, 145, 159, 181 del C. O. número 1 y 29 y 38 del C. O. número 2, sendas diligencias de inspección judicial con levantamiento de cadáver en la que se llevaron a cabo las tomas fotográficas y se levantaron los planos topográficos pertinentes, como la recolección de rastros o huellas de la infracción, proyectiles, manchas de sangre, prendas etc., necropsia, en la que además de la descripción de las lesiones y las causas de la muerte de la víctima se estableció claramente la trayectoria del proyectil; inspección judicial con intervención de topógrafo y fotógrafo a instancias de la defensa y con el objeto de determinar posiciones y distancias, así como trayectorias con los respectivos dictámenes técnicos: estudio pormenorizado de balística en cuanto a las vainillas, proyectiles y armas sometidos a examen, identificándose plenamente el revólver que percutió el proyectil que causó la muerte del obitado.

"Y finalmente, la prueba conclusiva y trascendente, entre otras, sobre la que se basó el juicio de condena del acusado; esto es, la que obra a folio 38 del C. O. número 2, mediante la cual la Sección de Balística de Medicina Legal responde el cuestionario formulado por su defensor con fundamento en el acta de necropsia y demás actuaciones enunciadas, en cuanto a la distancia, trayectoria del proyectil que segó la vida del sujeto pasivo, posiciones de víctima y victimario, como también que no fuese 'posible que los hechos sucediesen como lo narra el encartado en su indagatoria visto a folios 41 y siguientes, por las razones consignadas anteriormente' ".

Lo anteriormente señalado demuestra la inconsistencia de la censura y desdice de su seriedad, crítica que por igual le cabe a la segunda tacha, si se tiene en cuenta que los juzgadores a folios 111 y 113 de la sentencia de primer grado y 59 y 61 de la confirmatoria abordaron el tema de la forma que sigue:

"El análisis de los testimonios de Víctor Julio Sánchez, Ramón López Vargas y Raquel Prieto Giraldo -que el actor señala no fueron examinados-, para a partir de la consideración particular de cada uno de éstos, y en conjunto con las demás pruebas, profundizar desde un punto de vista lógico, jurídico y probatorio, sobre el problema de la culpabilidad imputable al procesado, deteniéndose suficientemente en el dolo y sus

variedades frente a la modalidad culposa alegada desde los albores de la investigación. por la parte defensiva. por manera que tampoco resulta cierto que las mencionadas declaraciones se hayan dejado de estimar, ni que se hubiese callado siempre 'sobre la culpabilidad', como falsamente lo pregona el actor".

Las razones abundan para la desestimación de los cargos enunciados.

Al cargo tercero que el actor invoca dentro de la misma causal de nulidad del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en que la prueba de alcoholemia obrante a folio 163 no fue idóneamente realizada por Medicina Legal, contesta el Procurador que su desarrollo no corresponde a la causal invocada sino a la primera de casación por infracción indirecta de la ley sustancial surgida de un error de derecho originado en un falso juicio de legalidad. ya que el ataque se finca en un error en la apreciación de las pruebas. por desconocimiento de las reglas que rigen su aducción.

Otra falla protuberante en este cargo radica en la de sustentación del cargo sobre fundamentos ajenos al motivo de impugnación propuesto, pues tal ocurre al pretender que a través de la determinación del trastorno mental transitorio que se le atribuye al procesado por la ingestión de bebidas embriagantes -aspecto negativo de la culpabilidad- se cambie la imputación dolosa por la culposa, razonamiento que constituye un verdadero contrasentido, pues de llegar a demostrarse la inimputabilidad, el procesado no podría responder dolosa, culposa, ni preterintencionalmente

Recuerda además el Procurador que no siempre resulta necesario practicar el examen psiquiátrico al procesado, según lo tiene dicho con reiteración la jurisprudencia, reconocimiento deferido sólo para aquellos casos que fundadamente indican la posibilidad de un actuar inimputable, presupuesto que no se daba en el caso analizado, tal como se deduce de la prueba obrante a folio 163, que complementa el examen agregado al folio 133, donde se dice que la muestra de sangre fue positiva para alcohol etílico en 46% mg, pero negativo para embriaguez, permitiendo colegir que Cárdenas no se encontraba en estado de inimputabilidad y, por lo mismo, la peritación psiquiátrica no era indispensable, argumento suficiente para llevar a la improsperidad del cargo que se analiza.

Sobre el cuarto cargo la Delegada replica que la argumentación del demandante resulta "un típico alegato de instancia que propende al reconocimiento de la culpabilidad culposa en favor de su representado, en abierta oposición al título de culpabilidad dolosa que le fuera deducido en la sentencia, pues entremezcla fundamentos de distintas causales y motivos de casación. Partiendo de la invocación de la causal primera por motivo de la infracción directa de la ley, endereza el argumento en el análisis jurídico de las modalidades de culpabilidad -dolo y culpa-, sus implicaciones, clases y aspectos comparativos, y luego se adentra en un análisis probatorio que en su sentir lleva a la determinación de la culpabilidad deprecada -transgresión indirecta-, para terminar impetrando la declaratoria de una nulidad por errada calificación jurídica y violación al principio de favorabilidad -causal tercera-. Realmente se hace palpable el rompimiento de la demanda con todo principio y lógica que debe guardar, en materia de este recurso extraordinario.

"Si a lo anterior sumamos que en la parte final del cargo se dedica el actor a realizar un sinnúmero de cuestionamientos a las conclusiones plasmadas en el fallo, utilizando en muchos casos hipótesis y conjeturas que surgen de su particular apreciación de los

medios, lo cual no es admisible en sede de casación, por muy serios que fuesen sus planteamientos dada la doble presunción de acierto y de verdad que amparan las sentencias judiciales, pero que de todos modos desbordan el objeto de la acusación.

"Y lo principal, que este objeto resulta verdaderamente incierto y oscuro, pues el mismo actor no pudo, en últimas, decidir cuál era la causal apropiada. Se hace imperante predicar la improsperidad del reparo".

La consecuencia obligada de las anteriores consideraciones apunta a que la Corte rechace en su integridad los cargos formulados absteniéndose de casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

Siguiendo la expresión que el censor incluye en el cuarto cargo del libelo que con los anteriores remata en la "invocación exclusiva de la causal tercera" de casación, cabe colegir que toda la acusación apunta a la invalidación del trámite cumplido, sólo que ubicaron la ocurrencia de los vicios dentro de diferentes hitos del decurso procesal.

1. En el *cargo primero* invoca el censor, como se ha visto, la violación del debido proceso a consecuencia de la omisión de una diligencia de inspección y de un dictamen forense, al abstenerse de interrogar sobre la trayectoria del proyectil que impactó a la víctima y determinar por lo mismo dicha circunstancia.

Según lo trae a memoria la Procuraduría en su concepto, la nulidad por omisión en la práctica de pruebas se presenta en el evento de que los medios omitidos tengan la potencialidad de demostrar la inocencia del procesado o una modificación sensible y favorable de su situación, en cuyo caso se vulnera el derecho de defensa, haciéndose indispensable al recurrente entrar a demostrar de qué manera la ausencia de esos medios en concreto pudo afectar en su sentido el fallo respectivo, aspecto que no podía acreditar en este caso el casacionista, pues en contradicción con sus afirmaciones, las pruebas extrañadas sí fueron realizadas e incorporadas en oportunidad, como aparece de los folios 26, 137, 145, 159, 181 del cuaderno primero y 1, 29 y 38 del segundo legajo.

Es así como de la diligencia de inspección obrante al folio 26 se deduce la posición que dentro del recinto donde ocurrieron los hechos tenía cada una de las personas que allí se encontraban y la situación del cadáver, observación que halla respaldo en la fotografía agregada al folio 154.

La trayectoria del disparo "de adelante hacia atrás, hacia la derecha y levemente hacia abajo" se demostró con el dictamen del folio 140 (1), también con respaldo fotográfico (fl. 148) y las manifestaciones de los testigos Víctor Julio Sánchez Riaño, (folio 14) y Ramón López Vargas (folios 19 y 22), coincidentes en afirmar que el acusado se encontraba erguido y a una distancia aproximada de 2 metros de la víctima cuando extendió el brazo con dirección a Edgar y le descerrajó el disparo, razón que explica en el dictamen de necropsia la ausencia de vestigios de negro de humo o tatuaje (folio 140, cuaderno número 1, y folio 38 del cuaderno 2).

La inspección practicada luego el 13 de junio de 1991 en presencia del defensor del inculpado -folios 181, 182, 221 y 222 (cuaderno 1), y el dictamen de folios 38 y 39 (cuaderno

2)- llevan a la misma conclusión, que en este caso precisa en los siguientes términos el perito oficial: aparte "Victimario: en posición normal de pie, localizado hacia la parte anterolateral izquierda (de frente) con respecto al cuerpo del occiso apretando el arma de fuego a una distancia mayor o igual a 1,20 metros formando la trompetilla o boca de fuego del arma una trayectoria en sentido supero;inferior de izquierda a derecha y anteroposterior, tal como se puede apreciar en las gráficas adjuntas de materialización de trayectoria y posiciones.

". .No es posible que los hechos sucediesen como lo narra el encartado en su indagatoria visto a folios 41 y siguientes, por las razones consignadas anteriormente".

Ausentes, de bulto, los presupuestos de hecho sobre los cuales descansa su alegación el recurrente, los reparos de su proposición deben, sin más, desestimarse, como en efecto se concluye.

2. En los *cargos segundo y tercero* se atiene el censor a las mismas disposiciones constitucionales referidas al cargo primero para invocar la violación al debido proceso y la defensa porque, en su sentir, la sentencia impugnada no fijó el alcance de las pruebas, siendo que éstas apuntaban a la culpa sin previsión, agregando que se dejaron de examinar los testimonios de Víctor Julio Sánchez, Ramón López Vargas, Raquel Prieto Giraldo y David Marcelino Urrea Beltrán, que se guardó silencio sobre el alcance de la prueba de alcoholemia demostrativa de un posible trastorno transitorio del acusado y que las pruebas no fueron analizadas en conjunto, omitiéndose de añadido determinar su mérito o contenido, razones para cuyo fundamento se invita a la Corte a que estudie en su integridad el expediente

La contradicción en que incurre el censor en la formulación de estos cargos es palpable. Si bien es cierto, la falta de motivación de las sentencias constituye un vicio insubsanable que vulnera el debido proceso, manifestar a un mismo tiempo y dentro de idéntico cargo, que no se tuvieron en cuenta algunos testimonios es argumentación que se encamina a una vía diferente, pues aludiendo de ese modo a un falso juicio de existencia, la alegación corresponde a la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial.

El defecto en que incurre el censor se magnifica todavía más cuando a renglones seguidos y sin abandonar la misma causal afirma paralelamente que el fallador rechazó la prueba de alcoholemia pese a su correcta aducción al proceso, porque una falla semejante, lejos de constituirse en anomalía sustancial que impregne en su totalidad la actuación llevando a su anulación, concierne con un virtual error de juicio por violación indirecta de la ley sustancial, circunstancias de recibo dentro de la causal primera de casación, mas no dentro de la tercera que se invoca. Este defecto es además común a las dos restantes argumentaciones contenidas en los cargos que se analizan y consisten en la no apreciación conjunta de los medios probatorios y la omisión de un análisis sobre su mérito o contenido, pues en ese evento las fallas se remitirían a posibles errores de derecho por falsos juicios de convicción, en la medida en que el juzgador se habría apartado de los parámetros legales de estimación probatoria que le imponían las guías de una sana crítica.

Impropio además pretender que en sede de casación entre la Corte a ocuparse de la revisión y análisis general del expediente en búsqueda de todos los errores que puedan

afectar el procedimiento o la legalidad y acierto de la determinación que se recurre, pues con ello olvida el casacionista que en este recurso extraordinario es al demandante y sólo a él a quien incumbe demarcar los derroteros y señalar las precisas pautas del ataque a la sentencia, dentro de las taxativas causales, la técnica y la lógica que caracterizan la impugnación extraordinaria, pues, a diferencia de la amplitud con la que actúa el juez en las instancias, el recurso de casación se supedita por el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, cuya desatención por parte del actor conduce a que sus peticiones no prosperen.

De agregado a las razones esgrimidas estima la Sala necesario resaltar que ni siquiera en la exposición de los presupuestos de hecho cuenta el impugnante con respaldo, porque lejos de mostrarse inexistente, deficiente o incompleto el razonamiento de los juzgadores al concretar la responsabilidad penal del acusado, de ese aspecto relevante y con claridad y suficiencia se ocupa la sentencia apreciando en su conjunto la prueba relevante, sobre la cual reclina sus conclusiones de autoría, culpabilidad y responsabilidad del acusado.

Concretamente y en cuanto al estado mental de Baudilio Cárdenas al momento de los hechos, el fallo reconoce su estado de alicoramiento, sólo que en las proporciones y consecuencias fijadas en las pericias médicas y clínicas, pues en el folio 163 del primer cuaderno se esclarece que el grado de alcohol que presentaba el acusado era de 46% mg, hallazgo que para nada afectaba su plena capacidad de comprender la ilicitud de sus actos y de determinarse acorde con esa comprensión, pues sin que se afirme lo contrario, de su lucidez dan cuenta los presentes al sostener que Baudilio pedía que retiraran el cuerpo del ofendido y lo llevaran a una Clínica explicando que lo habían encontrado herido -folio 13 cuaderno 1- o que se había suicidado -folio 14 *ibidem* -, hipótesis que maliciosamente se abonó dejando el revólver al lado de la mano derecha del cadáver, según lo describió la diligencia de levantamiento.

Tampoco le era posible desconocer al juzgador que la versión injurada del imputado respecto de los hechos relató los momentos antecedentes y subsiguientes de la tragedia de modo coherente, lógico, sin lagunas, amnesia ni fantasía, información concordante con la suministrada por los testigos presenciales que jamás vislumbraron la posibilidad del trastorno mental sobre el cual especula la defensa, elementos todos que tornaban contingente el examen médico-psiquiátrico del acusado, cuya ausencia reclama el casacionista.

Los cargos enunciados no prosperan.

4. Según se anotó oportunamente, el casacionista inició la presentación del cuarto cargo de la demanda con invocación de la causal primera de casación, de la cual expresamente desistió para advertir en su desarrollo que se trataba en realidad de la causal tercera, y que la razón de su inconformidad radicaba en que el juzgador había incurrido en error respecto de la calificación jurídica de la infracción y en omisión del principio de favorabilidad, invocando en sustento los artículos 29 de la Constitución Política y 68 y 72 del Código Penal.

Al decir del recurrente, la imputación correcta para el acusado debió ser la de homicidio por culpa sin previsión, ya que cuando Cárdenas Torres disparó lo hizo

simplemente a un sombrero, no con la intención de ocasionar la muerte de su amigo, considerando imposible que se le exija a una persona embriagada la representación de los posibles resultados de sus actos, dado que el estado de embriaguez excluye el dolo, grado éste de culpabilidad que equivocadamente dedujeron las sentencias.

Como lo concluyó la Procuraduría en su momento, la formulación del cargo en los términos del planteamiento del actor resulta ininteligible, imposibilitándose por ende a la Corte su análisis de fondo. De una parte, el actor propone la causal primera y luego en el mismo cargo la nulidad, y en cuanto a ésta, argumenta sobre la calificación jurídica errada de la infracción, pero paralelamente la violación del principio de favorabilidad al no aplicarse los artículos 68 y 72 del Código Penal, relacionados con la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

Si el verdadero sentido del reproche se orientaba a sostener el error en la calificación de la infracción porque la conducta se valoró como dolosa y no culposa, el libelista equivocó notoriamente la vía de la censura:

Para que la nulidad por errónea calificacion prospere, es necesario demostrar que el delito al cual refiere la resolución acusatoria no se da, porque en su lugar se está frente a otra infracción de la cual se ocupa el Código Penal en título y capítulo diferentes

No es ésa, sin embargo la situación que afronta en este cargo la demanda, pues si al decir del censor se acusó por homicidio y se debe condenar por homicidio, es su censura la primera en desvirtuar en su trascendencia el desacierto, pues del delito culposo y del intencional se ocupa por igual el Libro Segundo del Código Penal en su Título XIII, Capítulo I°, adecuación que se refleja en el auto enjuiciatorio.

En estas condiciones, y si la sola modificación de la modalidad dolosa por la culposa no involucraba la invalidación ni la reposición de lo actuado, es evidente que la causal aducida anduvo otra vez descaminada, correspondiendo el ataque a la causal primera de casación, pues sea por un error sobre la escogencia de la norma aplicable o relativo a su alcance (violación directa), o bien por equivocaciones sobre la apreciación de las pruebas (violación indirecta) se falló sobre la escogencia de los artículos 323 y 329 del Código Penal, evento que, de darse y haber sido correctamente alegado, debía solucionar la Sala mediante la casación de la sentencia recurrida y la adopción de un fallo de reemplazo.

Ni la causal primera incipientemente enunciada se sostuvo por el casacionista en el libelo, ni mucho menos llegó a desarrollarse, y ello conduce una vez más a la improsperidad del cargo analizado.

Notoriamente inadecuada resulta a la vez la invocación del artículo 29 constitucional por desconocimiento del principio de favorabilidad, porque esta garantía constitucional regula aquellos casos de tránsito de normas en que un precepto se sustituye en el tiempo por otro que entra a favorecer o sancionar con más drasticidad una conducta o sus circunstancias, o de otra manera a agravar la situación del procesado, situación que por ninguna parte demuestra ocurrida el casacionista, que incorrectamente espera el reconocimiento del principio pero para que el juzgador elija *ad libitum* la forma de culpabilidad menos gravosa a un caso determinado, ignorando con ello que la adecuación de la conducta del procesado a la modalidad dolosa, culposa o preterintencional no es optativo

o discrecional del juez sino forzosa consecuencia de la demostración que de los elementos integrantes de cada uno de estos eventos se haya obtenido.

La misma razón asiste para desestimar por la vía invocada el desconocimiento de los artículos 68 y 72 del Código Penal, y aun la queja porque el juzgador no reconoció la rebaja de pena que correspondía por confesión, porque si el reclamo relativo a los subrogados derivaba de un posible acogimiento de la tesis del delito culposo, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional tenían que correr suerte pareja con la desestimación del mal formulado cargo que se estudia, sin que asome motivo diferente que obligue al análisis autónomo de este particular reparo.

La rebaja por confesión no pasó de ser una alusión tangencial que ni podía prosperar por la vía de la nulidad en cuanto de haber ocurrido el defecto tratábase de un error de juicio y no de trámite, que hallaría rectificación dentro de la sentencia y no mediante la invalidación del procedimiento, aspecto que de todas maneras no puede la Corte entrar a analizar en la medida en que el censor no hizo de esta objeción la presentación y sustentación que dentro de las causales de casación correspondía, limitándose, como queda dicho, a una referencia general, insuficiente e impropia del recurso extraordinario.

No prospera la censura.

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 procesado Baudilio Antonio Cárdenas Torres y su defensor.

Cópiese, 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.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

La normatividad, desde antaño, ha rodeado la presentación de la demanda de casación de una serie de formalidades destinadas a darles orden y precisión a los argumentos que persiguen desquiciar una sentencia de segunda instancia que arriba a esta sede con la doble presunción de acierto y legalidad. La razón es potísima. No se trata de una tercera instancia; pues a esta Corporación le corresponde examinar tan sólo si la decisión recurrida se ajusta a las prescripciones legales. Por consiguiente, ha de atenerse exclusivamente a los argumentos del actor, quien deberá demostrar por qué el fallo viola la ley sustancial. Ello explica que uno de los principios rectores de la impugnación sea el de limitación, que obliga a la Sala únicamente a transitar por el sendero que le indica el casacionista.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8872.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre si las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Ana Lucía Terreros de Domínguez y Diego Bedoya López reúnen los requisitos formales de ley.

Las Demandas

1. *Demanda a nombre de Diego Bedoya López.*

Sin identificar los sujetos procesales ni la sentencia impugnada, ni tampoco realizar el compendio de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, ni mucho menos señalar la causal en la que fundamenta sus críticas, la recurrente se limita en unos pocos renglones a expresar su inconformidad con el fallo que afectó a su poderdante, presentando un escrito al que califica de simple "alegato" tendente a conseguir la correspondiente absolución.

Así, se dedica a enunciar las pruebas de cargo dándoles su personal interpretación. Primero rechaza las afirmaciones del Tribunal sobre la mendacidad que le otorgó al dicho de Diego Bedoya López, explicando por qué hay que creerle, calificando luego los argumentos vertidos en la sentencia de "lucubraciones de orden indiciario fabricados bajo premisas falsas...", resaltando a continuación la carencia de prueba sobre la promesa de estipendio por parte de Ana Lucía de Domínguez a favor de Diego Bedoya López y asegurando que es "entrar a la cabalística" afirmar que éste conocía el carácter "Expúreo" (sic) del documento, sin precisar a cuál se refiere.

Finalmente indica que podría "deslindarse en la Sentencia del Tribunal una verdadera 'responsabilidad objetiva'..." al otorgarle a la prueba indiciaria "entidad plena" para condenar a su patrocinado, basando su aserto en lo dicho por él, en su injurada. Termina su corto escrito solicitándole a la Sala "...le dé plenos alcances al dictamen de Medicina Legal sobre la no participación de Diego Bedoya en la realización del supuesto hecho punible...".

Por consiguiente, dice la impugnante, dado que no existe plena prueba para condenar, ruega a la Colegiatura aplicar el artículo 247 del C. de P. P., señalando como normas violadas los artículos 220 y 221 del C. P. y 247, 273 y 305 del C. de P. P.

2. *Demanda a nombre de Ana de Domínguez.*

Identifica en cabal forma los sujetos procesales, realiza la síntesis de los hechos y la actuación procesal y en el desarrollo de su impugnación resalta en primer término las "bases prácticas comunes de los cargos", luego de lo cual, en capítulos separados, presenta tres reproches, precisando motivos y sentidos, así como la motivación correspondiente y las normas que en cada cual, a su juicio, estima violadas por el Tribunal de Santafé de Bogotá.

La Corte

1. *Demanda a nombre de Diego Bedoya López.*

1.1. La normatividad, desde antaño, ha rodeado la presentación de la demanda de casación de una serie de formalidades destinadas a darles orden y precisión a los argumentos que persiguen desquiciar una sentencia de segunda instancia que arriba a esta sede con la doble presunción del acierto y legalidad. La razón es potísima. No se trata de una tercera instancia, pues a esta Corporación le corresponde examinar tan sólo si la decisión recurrida se ajusta a las prescripciones legales. Por consiguiente, ha de atenerse exclusivamente a los argumentos del actor, quien deberá demostrar por qué el fallo viola la ley sustancial. Ello explica que uno de los principios rectores de la impugnación sea el de limitación, que obliga a la Sala únicamente a transitar por el sendero que le indique el casacionista.

De ahí que el artículo 225 del actual compendio procesal exija -como en su momento lo hizo su antecesor- la identificación de los sujetos procesales y la sentencia materia de la tacha, la síntesis de los hechos materia de juzgamiento y la sinopsis procesal, la causal que se aduzca indicando con claridad y precisión los fundamentos que lo motivan a citarla, las normas que estime infringidas con el fallo cuestionado y, por último, la petición

sobre lo que considera que debe hacer la Sala en el evento de que prosperen sus razonamientos.

1.2. La casacionista olvida estas preceptivas. Entendiendo que en esta sede basta con aportar un simple escrito, presenta un memorial en el que resume su inconformidad con unas cuantas apreciaciones de la manera como, a su modo de ver, debió interpretarse la injurada de su patrocinada. Ni la más leve alusión a los sujetos procesales, ni a los motivos y sentidos que aduce para pedir la infirmación de la sentencia. Apenas se encuentra una corta referencia a la sentencia del Tribunal y al final las normas que considera violadas.

Así las cosas, la Corte se queda sin conocer cuál fue la falencia que se le endilga al Tribunal y que ha de provocar que se case su fallo. Se ignora si hubo violación directa o indirecta de la ley sustancial, o una incongruencia entre la resolución de acusación y el fallo impugnado o una nulidad que afecta una porción procesal. Apenas queda como fruto de la lectura el haber conocido la inconformidad de la recurrente, quien no se muestra de acuerdo con la decisión judicial.

1.3. Por consiguiente, al no reunir la demanda en cuestión los presupuestos formales a que alude la ley instrumental e ignorarse la clase de yerro cometido en el que presuntamente incurrió el Tribunal, no puede la Sala aceptar el libelo en estudio, produciéndose su consiguiente rechazo y, por ende, declarándose desierto el recurso impetrado.

2. *Demanda a nombre de Ana de Domínguez.*

Como quiera que cumple con los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. de P. P., se declara ajustada esta demanda de casación presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y tres (1993), por los delitos de falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado. En consecuencia, se le deberá correr el traslado de rigor al Procurador Delegado en lo Penal.

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

RESUELVE:

Primero. *Rechazar in limine* la demanda presentada por la defensora del procesado Diego Bedoya López, por no reunir los requisitos formales exigidos por la normatividad procesal. En consecuencia, declárase desierto el recurso interpuesto.

Segundo. *Declarar* ajustada a las exigencias de ley la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Ana Lucía Terreros de Domínguez contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y tres (1993), al hallarla responsable de los delitos referidos, en razón a que satisface los requisitos del artículo 225 del C. de P. P. En consecuencia, córrase traslado de las mismas y el expediente al señor Procurador Delegado en lo Penal, por el término de veinte (20) días, para que emita su concepto de rigor (art. 226, *ibidem*).

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUEZ / INVESTIGACION / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD

El Juez debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al incriminado, en busca de la verdad que guía la finalidad investigativa, para que resulte viable afirmar que el proceso contiene irregularidades sustanciales por ausencia de una integral indagación. Es necesario que los elementos de convicción echados de menos por el recurrente tengan una incidencia sustancial en el juicio de responsabilidad del imputado, consecuencia que desde luego impone la obligación de demostrar la injerencia de cada uno de éstos en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7963.

Magistrado Ponente. Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Aristóbulo de Jesús Campo Durango, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se impuso al acusado como autor del delito de hurto calificado y agravado la pena principal de cuarenta y seis meses (46) de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, condenándosele igualmente al pago de $599.090.000 por concepto de daños y perjuicios y negándosele a su vez el beneficio de la condena de ejecución condicional.

I. Hechos

Fueron concretados por el Tribunal de la siguiente forma

"En cumplimiento de las obligaciones contraídas con su vinculación con la firma de seguridad privada 'Servinco', que le había asignado el cuidado de sus instalaciones en las horas de la noche, Aristóbulo de Jesús Campo Durango llegó a la sucursal Palacé

del Banco Popular cerca a las seis de la tarde del seis de agosto de 1991 y relevó a (sic) vigilante diurno. Aunque contrariando las instrucciones que se le habían dado tiempo atrás, se había abstenido de informar, como era su obligación, la salida del último empleado para que exteriormente se aplicara por el supervisor llave de seguridad y sabía del aislamiento de las dos alarmas instaladas en las secciones -prendaria y bancaria propiamente dicha- por el 'rompimiento accidental' de algunos cables cerca a las ocho y media de la noche, a las seis de la mañana del siete, tras franquear la puerta de acceso a Gerardo Antonio Vásquez Caro, a quien de inmediato como solía hacerlo le anunció la ausencia de novedad. El recién llegado se comunicó con Clara Inés Carmona Gómez, Jefe de Radio de Servinco, a quien enteró de su llegada al lugar de trabajo y del reporte entregado por Aristóbulo.

"Cumplido ese paso formal y con miras a materializar el relevo, Gerardo se encaminó, con el propósito de vestir el uniforme, hacerse al arma de dotación y retirar los demás elementos propios de la función, a (sic) salón contiguo a (sic) prendería donde él y algunos de los vigilantes solían dejar sus prendas. No llegó a su destino porque, distinto de lo sucedido los días anteriores, Aristóbulo le siguió y le comunicó la necesidad de llegar al baño de varones, sitio al que había trasladado las ropas. Después de indagar el por qué de aquello varió su rumbo y cuando próximo se hallaba al sitio señalado por Campo Durango, súbitamente fue abordado por varios 'encapuchados' que salieron del baño de las mujeres y quienes tras intimidarlo con armas de fuego y anunciarse como integrantes de la guerrilla, a viva fuerza lo introdujeron al baño, lo lanzaron al piso, lo ataron de pies y manos y lo vendaron con una camisa. Pese a que ese día inesperadamente marchaba a su lado, no vio que a Aristóbulo lo abordaran ni lo sometieran y allí permaneció inmovilizado hasta entrada la tarde, cuando después de no escuchar voces ni ruidos y habérsele anunciado que se lo llevarían como a su compañero, lo que no sucedió, logró 'desmanarse los pies', incorporarse y llegar al piso inferior, desde cuyo interior, luego de comunicarse con Clara Inés, arrojo la atención de algunos policías que ocasionalmente transitaban por el lugar y a cuyo lado observó a Aristóbulo.

"El desplazamiento al lugar de personal de la firma de seguridad, personal directivo del Banco y varios miembros de la Policía permitió descubrir, poco después, el cuantioso atentado al patrimonio. Advirtieron, en efecto, forzada y saqueada la bóveda donde se mantenían joyas entregadas como garantía de contratos de mutuo entre particulares y el Banco. Esa misma noche se descubrió, distinto de lo que Campo Durango había informado al contralador de la consola, a su superior inmediato en Servinco y al supervisor Luis Carlos Lopera R., que las dos alarmas no se habían aislado por 'accidental compumiento' (sic) de cables debido a inesperado tropezón sino porque los hilos habían sido cortado (sic) y forzadas las cajas que operaban todo el sistema.

"La objetiva falta de sinceridad que se advirtió a primera vista, la poca claridad de las explicaciones que entregó y el particularísimo proceder que le atribuyó Gerardo Antonio impusieron, desde esa noche, el sometimiento de Aristóbulo".

II. Actuación Procesal

Adelantadas las primeras pesquisas tendientes a descubrir a los autores del delito de hurto acontecido en las instalaciones del Banco Popular -Agencia Palacé- entre los

días 6 y 7 de agosto de 1991, la Policía Metropolitana de Medellín retuvo a Aristóbulo de Jesús Campo Durango, escuchándolo inicialmente en versión libre.

El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal oyó en indagatoria a Campo Durango y el 20 de agosto de 1991 le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por el procesado.

El Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal Ambulante continuó con la investigación y luego de allegar abundante prueba documental y testimonial la cerró, calificando el mérito del sumario el 22 de noviembre de 1991 con resolución de acusación contra Campo Durango por el punible de hurto calificado y agravado.

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín adelantó la etapa del juicio y evacuada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria, que fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior.

III. La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, el demandante presenta un único cargo, con el cual pretende demostrar que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, por presentarse irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso -art. 304 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal-.

El reproche lo hace consistir en el desconocimiento del artículo 334 del Estatuto Procesal Penal, que concreta el objeto de la investigación, pues nada se hizo para "descubrir la banda, individualizar el cerebro de la organización criminal, detectar los partícipes y encontrar los cómplices y encubridores".

Aduce que "no podemos afirmar la regularidad de un proceso donde no se cumplió el objeto de la investigación misma. Se incurre en irregularidad sustancial cuando el investigador, frente a criminalidad organizada 'de gran complejidad y refinamiento', donde actuaron personas con 'amplísimos conocimientos en electrónica', hace recaer toda la responsabilidad en un modesto celador, un hombre ignorante, ingenuo, pobre de espíritu, de precarias condiciones económicas, ordenando enviar el cuaderno de copias al Cuerpo Técnico 'a fin de que allí se trate de identificar a los demás autore' ". Afirma que con este mecanismo "se fortalece la impunidad, se burla el magisterio de la justicia y se enriquece la criminalidad organizada".

Agrega que "genera desconcierto que el sentenciador considere a Aristóbulo Campo Durango como coautor, colocándolo en pie de igualdad frente a la delincuencia de cuello blanco, condenándolo a pagar seiscientos millones de pesos que no se apropió".

En sentir del censor, "las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho no se clarificaron y de allí la irregularidad al ordenar la Jueza instructora investigar por separado lo que había que adelantar en una sola cuerda". Afirma que se vulnera el debido proceso "cuando se burla el objeto de la investigación, que en verdad es el objeto del proceso mismo. Esa irregularidad sustancial, macroprocesal, no se ataca por la vía de la violación indirecta, sino por la vía de la causal 3ª de Casación.

El libelista formula múltiples interrogantes que no fueron resueltos en la investigación, lo que llevó al fallador a formular algunas afirmaciones que transcribe parcialmente para concluir: "No obstante esta última duda que plantea el sentenciador le deduce al imputado los agravantes como si hubiese intervenido en el proceso ejecutivo y consumativo de la acción penal".

Señala el libelista que se vulneró el artículo 333 del Estatuto Procesal Penal, que consagra la investigación integral, ya que el Juez, al no orientar la investigación clarificando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, autores y copartícipes del hecho, dejó de investigar "aspectos favorables al imputado tratándolo como coautor sin serlo; y dejando en la impunidad a los verdaderos autores del delito".

Afirma que la vulneración de los artículos 333, 334 y 226 generaron agravio al señor Aristóbulo Campo Durango y de "ahí la pena impuesta como coautor".

Para el libelista "las irregularidades anotadas... afectan el debido proceso, ya que el funcionario investigador no fue cuidadoso en concretar cómo se cometió la infracción y quiénes realmente la cometieron. Para llegar a la verdad habría que estudiar a fondo el sistema de seguridad electrónico utilizado por el banco, individualizando autores y cómplices del hecho. Clarificar ese aspecto requería el auxilio de expertos en electrónica, asesoría que nunca buscó el Juez Instructor. Inconcuso el nexo entre la irregularidad descrita y el agravio inferido al procesado".

Finalmente solicita a la Corte "un fallo estimatorio de anulación desde el auto que clausuró el ciclo investigativo".

IV. Alegato de la Parte Civil

Dentro del término de traslado para los demás sujetos procesales no recurrentes, el representante de la parte civil allegó un escrito en el que hace los siguientes planteamientos:

Estima que Campo Durango tuvo un protagonismo determinante en la realización del punible, hasta el punto de tener que afirmarse que sin su concertación no hubiera sido posible la realización del ilícito, como bien lo destacan los falladores de ambas instancias.

Expresa que si bien "este proceso se quedó corto" en el descubrimiento de los demás individuos que tomaron parte en la ilicitud, habiéndose dejado constancia de ello por el sentenciador, dicha evidencia no desvirtúa en modo alguno la responsabilidad del imputado, pues tal oscuridad sobre el particular solamente habría podido superarse con el concurso del propio Campo Durango, quien más bien prefirió guardar silencio "leal" a sus compañeros de delincuencia renunciando a todos los beneficios legales que hubieran podido significarle su colaboración con la investigación.

Señala que la causal de nulidad invocada por el recurrente para quebrar la sentencia constituye simplemente una crítica de contenido eminentemente probatorio que correspondía ventilar por la vía de la presunta violación indirecta de la ley. "La formulación de cargos contra la sentencia impugnada bajo el rótulo de la causal de nulidad sólo se explica por razón de la bien estructurada argumentación probatoria consignada en la sentencia".

Finaliza su alegato, destacando, como digno de tenerse en cuenta, el texto del artículo 9º del C. de P. P., que consagra la finalidad del procedimiento.

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia impugnada, con apoyo en las siguientes razones:

El libelista no cumple con las exigencias requeridas para la formulación del cargo, ni concurre el vicio que alude, por lo que el reproche no está llamado a prosperar.

No obstante sostener el censor que la pretendida nulidad conculca el debido proceso entendiendo que éste se vulnera "cuando se burla el objeto de la investigación", en el desarrollo del cargo se dedica a criticar las bases probatorias del fallo mediante una caprichosa transcripción de apartes del mismo, coligiendo que los "aspectos favorables al imputado" no se investigaron, los cuales además ni siquiera precisa.

Esta confusión entre el concepto de lo que debe entenderse por debido proceso y la omisión de pruebas que se ubica en violación al derecho de defensa realmente demuestra la inconsistencia de la censura. No sobra recordarle al demandante que si bien el principio de igualdad procesal impone al juez la necesidad de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al incriminado, únicamente resulta viable afirmar que el proceso ostenta irregularidades sustanciales por ausencia de una integral indagación, cuando los elementos de convicción echados de menos por el recurrente tienen una incidencia sustancial en el juicio de responsabilidad del imputado, consecuencia que impone la obligación de demostrar la injerencia de cada una de éstas en la sentencia.

La escueta afirmación que hace el censor de haberse conculcado el debido proceso por no haberse adelantado una investigación completa nada prueba, y antes bien -aparte de contlevar una errada conceptualización jurídica del debido proceso- el conjunto de interrogantes que sostiene señalaría realmente el "objeto de la investigación", como ideal de una indagación total, enmarcada por una relativa perfección instructiva, no toma en cuenta que dicha exigencia se cumplió respecto de la sindicación hecha a Campo Durango y su compromiso penal frente al cellio investigado, certeza de su responsabilidad que por ser individual no puede ser desvirtuada o atenuada por la que a su vez sería predicable de los demás intervinientes en el delito.

Señala el Procurador que este ataque no es nuevo en el proceso, y que ante la petición del defensor en las instancias, la respuesta que mereció por el Tribunal fue negativa, con certeras consideraciones. Para el efecto transcribe un aparte del fallo recurrido.

Dice la Delegada que además de acudir el actor a atacar la sentencia trayendo a colación fundamentos jurídicos ampliamente descartados en las instancias y que en sí mismos no demuestran la afección de las bases fundamentales del proceso ni la violación del derecho de defensa, que no alega expresamente como le correspondía, si la problemática era la de acudir a la omisión probatoria; de lo que se ocupa es de proponer una virtual ausencia de pruebas dirigidas a descubrir a otros partícipes o a satisfacer probatoriamente todas y cada una de las minuciosas circunstancias que rodean el hecho, lo cual, obviamente, además de mantener intacto el criterio de responsabilidad que para

Campo Durango se tuvo en cuenta en el fallo, no descubren la existencia de los vicios *in procedendo* que justificarían la proposición anulatoria incoada.

Si bien no obtuvo la investigación el resultado deseable, si se tiene en cuenta que en la realización del delito intervinieron múltiples sujetos, también es cierto que en estos casos lo correcto es proceder como lo hizo el Juzgado de Instrucción Ambulante -disponer la remisión del cuaderno de copias ante la Unidad de Indagación preliminar a fin de que la investigación continuara contra los demás partícipes no conocidos-, sin que resulte aceptable considerar que tal solución afecta el debido proceso, y menos aún que "se fortalece la impunidad, se burla el ministerio de la justicia y se enriquece la criminalidad organizada", pues, por el contrario, lo que se busca con dicha medida es no cejar esfuerzos en la persecución del delito. Sobre el particular transcribe un pronunciamiento de la Corte.

El Procurador termina su concepto diciendo, que como bien lo señala el apoderado de la parte civil, el censor presenta un libelo lejano de la técnica casacional, pues se vale de la causal de nulidad para debatir la apreciación probatoria del sentenciador, cuando dicho ataque corresponde alegarse por violación indirecta de la ley sustancial.

VI. Consideraciones de la Corte

1. Empieza la Sala por anotar que los planteamientos de la demanda son argumentos más propios de la causal primera de casación -violación indirecta de la ley sustancial-, que de la órbita de las nulidades, pues la serie de aspectos que destaca, más que constitutivos de irregularidades sustanciales atentatorias del debido proceso y el derecho de defensa, encierran una crítica probatoria a la sentencia, ya que en el fondo de lo que se duele el casacionista es que el Tribunal haya llegado a conclusiones que no comparte, por estimar que no se demostró ningún nexo entre la acción desplegada por los autores del hecho y el celador Campo Durango, ni se demostró la identidad, mancomunidad de intereses y convergencia intencional, haciendo recaer la responsabilidad en un modesto celador, ingenuo, pobre de espíritu, de precarias condiciones económicas, considerándolo como coautor, sin serlo, imputándole agravantes como si hubiera intervenido en el proceso ejecutivo y consumativo de la acción penal, y colocándolo en pie de igualdad frente a la delincuencia de cuello blanco, condenándolo a pagar seiscientos millones de pesos que no se apropió.

No resulta aceptable este desubicado ataque, puesto que, como lo ha sostenido la Corte, no es correcto sustentar un cargo con argumentos propios de otro.

2. Otro argumento del censor para fundamentar la nulidad que invoca radica en que se incurrió en irregularidad al ordenar la Jueza instructora investigar por separado, "lo que había que adelantar en un solo cuerdo".

Olvida el demandante que tanto el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal anterior, como el artículo 88 del vigente, al consagrar la unidad procesal y las excepciones derivadas de él, de manera expresa señalan que su ruptura no genera nulidad, siempre que con ella no se afecten las garantías constitucionales.

Sobrada razón le asiste al Procurador Delegado cuando considera que el Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal Ambulante actuó correctamente, al disponer el

momento de calificar el sumario la remisión del cuaderno de copias para la Unidad de Indagación Preliminar, a fin de que la investigación continuara contra los demás partícipes no conocidos, sin que resulte aceptable afirmar que tal determinación afecta el debido proceso, y menos aún que con ello "se fortalece la impunidad, se burla el magisterio de la justicia y se enriquece la criminalidad organizada", pues lo que se persigue con esta medida es precisamente no cejar esfuerzos en la persecución del delito.

La Corte, en cita jurisprudencial que reproduce el Colaborador Fiscal, y que resulta oportuno repetir en este caso, ha dicho al respecto:

"Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más integrada que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contraríe en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizables. Ya se ha dicho, también, que la forma de remediar esta omisión es ordenar, si es el caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera o la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas" (Cas. 10 de febrero de 1987. M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

La Corte ha sido del criterio que procederes de tal índole no poseen fuerza invalidante si no entrañan vulneración de la estructura del proceso, la cual, obviamente, tendría que ser demostrada en concreto.

Resulta acertada la observación que hace el Ministerio Público, en el sentido de que la simple afirmación que hace del censor de haberse conculcado el debido proceso por no adelantarse una investigación completa, nada prueba, pues si bien es cierto que el conjunto de interrogantes que plantea señalarían realmente el objeto de la investigación, como ideal de una indagación total, enmarcada en una relativa perfección instructiva, no tiene en cuenta el libelista que dicha exigencia se cumplió respecto de la sindicación hecha a Campo Durango y su compromiso penal frente al delito investigado, certeza de su responsabilidad que por ser individual, no puede ser desvirtuada o atenuada por la que a la vez sería predicable de los demás intervinientes en el delito.

Los fundamentos a que acude el actor para atacar la sentencia fueron ampliamente descartados por el Tribunal, que en forma acertada se pronunció así:

" 'A la declaración de responsabilidad no se opone el desconocimiento de la identidad de los orientadores del plan delictivo ni de todos sus ejecutores porque, bien se sabe, la responsabilidad penal es personalísima. Con prescindencia de quienes han intervenido y a qué título, el contexto de lo sucedido es valiosa pauta para determinar la participación de alguien en particular y su responsabilidad...

" 'Es que aquí, como en toda empresa delictiva que por complejidad impone la intervención mancomunada de varias personas con específicos y coordinados aportes, la trascendencia o grado de participación tiene que determinarse (por la insuficiencia de la nuda causalidad material) no con el concepto restringido de autor sino de la concepción extensiva, amplia y funcional. Por eso la coautoría no hace más que hacer notar que el delito fue cometido por dos o más personas en un mismo plano. Entre esos partícipes se da el concurso de voluntades, división de trabajo y trascendente aporte. Cada uno

responde solo por la totalidad de la tarea sin condicionamiento de la responsabilidad de las demás. Tanto da, desde el punto de vista punitivo, ser autor que coautor, porque las consecuencias son iguales. La participación criminal supone la individualización de los comportamientos de cada uno de los intervinientes y engloba la pluralidad de los realizados por los partícipes, pero mantiene la responsabilidad individual. Si en desarrollo de complejo plan, ejecución a la que se sumó consciente y voluntariamente, Aristóbulo hizo aporte no sólo eficaz sino determinante por la condición en que se encontraba, su grado de responsabilidad es igual al de quienes materialmente forzaron las cajas de seguridad y al de quienes inspiraron todo el plan. Su actuación responde, por la trascendencia e importancia, como bien se dijo en primera instancia, a la de un verdadero autor. En el campo de la coautoría impropia de manera voluntaria y consciente cooperó eficazmente con otros en concertada defraudación económica' ".

3. Estima el demandante que se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, porque no se investigaron "aspectos favorables al imputado", los cuales, entre otras cosas, ni siquiera precisa.

Sin embargo, como bien lo señala la Delegada, no sobra recordarle al libelista que si bien el juez debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al incriminado, en búsqueda de la verdad que guía la finalidad investigativa, para que resulte viable afirmar que el proceso contiene irregularidades sustanciales por ausencia de una integral indagación, es necesario que los elementos de convicción echados de menos por el recurrente tengan una incidencia sustancial en el juicio de responsabilidad del imputado, consecuencia que desde luego impone la obligación de demostrar la inferencia de cada uno de éstos en la sentencia.

En el caso que nos ocupa, el impugnante no demuestra la afectación de las bases fundamentales del proceso, ni la violación del derecho de defensa, la cual no alega expresamente. Razón le asiste al Procurador cuando refiere que "de lo que se ocupa el demandante es de proponer una virtual ausencia de pruebas dirigidas a descubrir a otros partícipes o a satisfacer probatoriamente todas y cada una de las minuciosas circunstancias que rodean el hecho, lo cual, obviamente, además de mantener intacto el criterio de responsabilidad que para Campo Durango se tuvo en cuenta en el fallo, no descubren la existencia de los vicios *in procedendo* que justificarían la proposición anulatoria incoada".

Por las anteriores razones, el cargo formulado en la demanda no está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / PENA ACCESORIA / MOTIVACION

Es exclusivo del casacionista el deber de fijar el derrotero que habrá de seguir la Corte en el estudio de las causales invocadas, sin que le sea dable a la Corporación entrar a corregir las fallas que presente la demanda ni a complementarla, menos a preferir en ellas varias alternativas simultáneas, cuál es la que se acomoda mejor a los intereses de los recurrentes. / Cuando de violación directa se trata, es deber del actor entrar a señalar con toda claridad, y por supuesto a demostrarlo, que el juzgador ignoró la existencia de una norma de contenido sustancial con incidencia tal en la sentencia, que modificaría la decisión de fondo, sea porque la seleccionó y aplicó al evento *sub examen* sin ser ella de recibo, ora porque pretermitió su aplicación tratándose del precepto adecuable, bien porque pese al acierto en la escogencia, distorsionó la sentencia su alcance por exceso o por defecto. / El precepto (artículo 52 del Código Penal) expresamente admite como pena accesoria de la prisión la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, imposición cuya previsión legal releva la necesidad de otorgar otra clase de explicaciones. Pero con relación a las demás "penas accesorias", la remisión se hace a la discrecionalidad del Juez, y es claro que en esas circunstancias su imposición deberá aparecer debidamente motivada, consultando y relacionando la naturaleza y gravedad del hecho con la medida punitiva de la cual se trata. / La falta de motivación de este aspecto redunda en su invalidación, que por no trascender del fallo mismo corresponde corregir en esta sede según autorización del artículo 229-1 del Código de Procedimiento Penal respecto de la suspensión de la patria potestad y la prohibición para el consumo de bebidas embriagantes que, como consecuencia, quedarán sin ningún valor ni efecto. / Se casará también la imposición que prohibió a los acusados portar cualquier clase de armas, caso en el cual el transgredido fue el principio de legalidad, pues no se trata de medida que el legislador haya previsto siquiera como pena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7671.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 0095, oct. 21/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Eduardo o Luis Eduardo Pedraza Peña y Marco Aurelio Pedraza Peña, en contra de la sentencia proferica por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que con algunas modificaciones confirmó el primero de abril de 1992 la de condena que por los delitos de homicidio imperfecto y lesiones personales había emitido en primera instancia el Juzgado Once Superior de la misma ciudad.

Hechos y Actuación Procesal

1. El 13 de julio de 1990, luego de asistir a la celebración de una misa conmemorativa del fallecimiento de uno de su parientes, se dedicaron los esposos María Inés Peña y Epaminondas Cifuentes Prieto a consumir bebidas embriagantes en varios establecimientos de la población de Guasca -Distrito Judicial de Bogotá-, siendo molestados por varios integrantes de la familia Pedraza que persistentemente los amenazaban.

Ya a eso de las seis de la tarde, los acontecimientos se precipitaron con la agresión que Marco Pedraza dirigió armado de cuchillo contra Epaminondas Cifuentes, auxiliado por Eduardo Pedraza, quien accionó un revólver. El conflicto tomó perfiles de "trifulca", según la descripción común de los intervinientes y testigos, gracias a la reacción también violenta de los Cifuentes y a la intervención de otras personas que se parcializaban en favor de uno y otro bando, dando como resultado cuando menos el lesionamiento de Epaminondas Cifuentes Prieto, Gabriel, Marco Aurelio y Luis Eduardo Pedraza Peña, lesiones de las cuales se ocupa este diligenciamiento.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca inició la investigación, vinculando mediante indagatoria a los implicados: Luis Eduardo Pedraza Peña, a quien le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, y en contra de Gabriel Pedraza Peña, Marco Aurelio Pedraza Peña y Luis Orlando Pedraza Peña medida de aseguramiento de conminación.

Posteriormente asumió la competencia el Juzgado 33 de Instrucción Criminal de Bogotá, disponiendo la vinculación de otros imputados, al punto que una vez perfeccionada la investigación calificó su mérito mediante interlocutorio de octubre 23 de 1990, profiriendo resolución de acusación en contra de Luis Eduardo Pedraza Peña bajo el cargo de homicidio imperfecto, y contra Gabriel Pedraza Peña, Marco Aurelio Pedraza Peña, José Epaminondas Cifuentes Prieto, María Inés Peña de Cifuentes y José Isidro Peña Báez por el delito de lesiones personales, modificando las medidas de aseguramiento para cubrir con detención a Marco Aurelio Pedraza, José Epaminondas Cifuentes y Gabriel Pedraza Peña, y conminación para María Inés Peña de Cifuentes y José Isidro Báez. Respecto de Luis Orlando y Romelio Pedraza Peña se cesó todo procedimiento.

Impugnado el auto anterior en reposición y alzada, el Juzgado mantuvo en su integridad su determinación, que ante el Tribunal sufrió las siguientes modificaciones: la acusación respecto de José Epaminondas Cifuentes Prieto, María Inés Peña y José

Isidro Peña se revocó, cesando en su favor todo procedimiento; la cesación proferida en pro de Romelio Pedraza se revocó para que respondiera por el delito de lesiones, y en lo demás se dio respaldo a lo dispuesto.

La etapa del juicio le correspondió en reparto al Juzgado Once Superior de Bogotá, y en ella se esclareció la incapacidad definitiva sufrida por Epaminondas Cifuentes, se recaudó nuevo aporte testimonial y se tasaron los perjuicios. Cumplida luego, en su momento, la diligencia de audiencia pública, profirió el despacho el fallo de noviembre 25 de 1991, dentro del cual se adoptaron las siguientes decisiones: a Eduardo Pedraza Peña o Luis Eduardo Pedraza Peña se le condenó a la pena principal de 5 años de prisión como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa, cometido en contra de Epaminondas Cifuentes; a Marco Aurelio, Gabriel y Romelio Pedraza Peña se les impuso la pena principal de 20 meses de prisión y multa de tres mil pesos, por el delito de lesiones personales cometido en contra del mismo ofendido; a todos los condenados se les impusieron penas accesorias de interdicción, suspensión de la patria potestad, prohibición de portar armas y de consumo de bebidas embriagantes y además el deber solidario de resarcir los perjuicios ocasionados, concediéndoles a los tres últimos el subrogado de la condena de ejecución condicional, que se le denegó a Luis Eduardo.

Revisado el fallo anterior por vía de alzada a iniciativa del señor defensor de los procesados y rectificado el envío errado del expediente al Tribunal de Cundinamarca, el Tribunal Superior de Bogotá produjo la decisión motivo ahora de recurso extraordinario, revocando la condena emitida en contra de Gabriel y Rómulo Pedraza, a quienes favoreció con su absolución, reduciendo la pena impuesta a Marco Aurelio Pedraza a sólo dieciséis (16) meses de prisión como infractor al artículo 333, inciso final del Código Penal, y confirmando la amerilada providencia en todo lo demás.

La Demanda

Optó el recurrente por la presentación de un solo escrito de demanda en representación de los dos acusados, refiriendo por separado a la situación de cada uno en la forma que sigue:

1. A nombre de Luis Eduardo Pedraza Peña invoca la causal primera de casación artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, citando como normas violadas los artículos 22, 323, 5° y 36 del Código Penal, censura que el actor explica afirmando que "...no existió tentativa de homicidio. Ni la intención ni la acción de Luis Eduardo Pedraza Peña en los hechos atrás referidos, estuvieron dirigidas a dar muerte a nadie. Causó solamente heridas leves a José Epaminondas Cifuentes, pero de manera accidental, no dolosa. No existió, pues, la tentativa por la cual fue condenado..." añadiendo que el acusado "...no disparó contra Epaminondas Cifuentes, sino al suelo, es decir, con total ausencia de dolo"

Contrastando las versiones de Epaminondas Cifuentes en su indagatoria, el testimonio de Julio César Cifuentes, sobrino del anterior, y las explicaciones del acusado, dice que si el Tribunal las destacó como prueba de mayor importancia, ello sirve de premisa para sostener como veraz el dicho del acusado, así que esos resultados sacan avante su explicación cuando afirmó que "si le hubiera disparado al cuerpo, lo había matado", preámbulo que le sirve para insistir en que si "ninguno de los dos proyectiles causó daño

de consideración a Epaminondas" fue porque "sólo los recibió de rebote", ya que "los disparos hechos 'al piso' de piedra, desde dos a tres metros de distancia, al chocar con el empedrado perdieron impulso pero cambiaron de dirección, produciendo impactos de mínima consideración en el pecho y el abdomen de Epaminondas Cifuentes", verificación plasmada por médico legista.

De los anteriores presupuestos deduce que lo afirmado por el testigo Julio César Cifuentes y asumido por el Tribunal se torna mentiroso, porque además lo avanzado de la hora le impedía apreciar cuanto narra en su exposición.

Remitiéndose a continuación a los términos y exigencias del artículo 22 del Código Penal, sostiene que Luis Eduardo no quiso disparar en contra de Epaminondas Cifuentes, y que hallándose integrada la tentativa tanto por los factores subjetivos como objetivos dirigidos a la consumación de un hecho punible concreto.

"Los hechos como realmente sucedieron según las incontrovertibles verificaciones médico-legales, frente a la ley, desde ningún punto de vista tipifican una tentativa de homicidio. La sentencia acusada, al sostener lo contrario, es violatoria de las disposiciones reseñadas anteriormente".

2. En favor de Marco Aurelio Pedraza Peña la demanda invoca de nuevo la causal primera de casación, aduciendo en esta ocasión falta de aplicación del artículo 29.4 del Código Penal, porque la conducta del acusado se vio justificada por la legítima defensa.

En aparte que el libelo denomina "situación de hecho" se entra a comentar y transcribir el relato del acusado que aparece al folio 147, y de regreso al contenido del dictamen médico legal que aparece a folio 49, se sostiene que los resultados atribuidos no se causaron después de que Epaminondas resultara herido sino con anterioridad, porque las lesiones de Marco Aurelio están acreditadas y ellas respaldan cuanto el procesado explicó, añadiendo el censor que si el acusado había sido "agredido de semejante modo, cuando regresaba de pedir protección a la policía, si reaccionó, ¿qué duda cabe de que lo hizo en legítima defensa? Estando justificada su conducta, la sentencia condenatoria es franca y abiertamente ilegal y debe ser revocada.

"Justificada como estuvo la conducta de Marco Aurelio Pedraza -continúa- su reacción justa y proporcionada lógicamente no fue antijurídica ni culpable. La sentencia de condena viola los artículos 4º y 5º del Código Penal.

"Fue que el grupo de los Cifuentes no se anduvo por las ramas. Gabriel Pedraza Peña (folio 50) fue brutalmente golpeado con piedras y botellas. Y Luis Eduardo Pedraza (folio 48) tampoco salió indemne de la refriega".

3. Como "último cargo" el casacionista repara la motivación de la sentencia en lo atinente con el resarcimiento de perjuicios, considerando que el fallador desatendió el artículo 186 del anterior Código de Procedimiento Penal, pues tras la copia de algunes apartes de la Sentencia, acusa de somera la sustentación, objetando que el lesionado no estuvo internado en clínicas sino en el Hospital de Zipaquirá; que a ninguna persona se le hizo cancelación de gastos; que no resulta comprensible cómo es que la deformidad y la perturbación funcional siendo de carácter permanente se puedan restaurar, aduciendo que en este caso la causal de casación es la tercera, pues constituye nulidad por

inobservancia del debido proceso la condenación por concepto de perjuicios cuando la defensa había objetado el dictamen sobre su tasación, dando lugar a iniciar el trámite de los artículos 277 y 278 del Código de Procedimiento Penal, pero

"Abierto el incidente conforme al artículo 144 *ibidem*, ni el Ministerio Público ni la parte civil, a los cuales se les corrió el respectivo traslado, formularon ninguna observación, otorgando su aceptación tácita al estimativo de veinticinco mil pesos ($25.000)... con base en las propias manifestaciones del lesionado Epaminondas Cifuentes, quien es un peón del campo con jornal muy precario. La no contestación se entenderá como aceptación de lo pedido alegué conforme al artículo 144 citado. Esto había que hacer, y al omitirse se inobservó el debido proceso".

Por lo anterior solicita el censor entre la Corte a casar al sentencia recurrida "conforme a lo alegado y probado".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que la demanda conjunta presentada en representación de los dos implicados acusa flagrantes, sustanciales e insalvables errores de técnica que imposibilitan su estudio.

Al referirse en particular al cargo que se invocara por la vía de la nulidad, la Delegada propone su desestimación debido a su incorrecta formulación, el desorden en su presentación y a falta de demostración, pues de ninguna manera la sola mención de las disposiciones infringidas ni la utilización de términos como aquello de lo "alegado y probado" pueden llegar a constituir el necesario sustento que el extraordinario recurso exige, menos aún cuando al alegar una presunta excesiva tasación de perjuicios se hace remisión al dictamen del perito, a su objeción y a posibles inexactitudes del Tribunal *ad quem*, cúmulo de apreciaciones que impiden comprender si el ataque se refiere o bien a la forma como el perito llevó a cabo el avalúo de los daños y perjuicios, acaso a la manera como se impulsó su trámite y se decidió, siendo "protuberantes los yerros técnicos en que incurre el libelista, ya que para nada respeta las reglas del extraordinario recurso, pudiéndose observar más de su parte la intención de imponer su caprichosa y parcializada opinión frente a las razonadas consideraciones expuestas por el juzgador, consideraciones que se fundan en las conclusiones a que llegó el perito avaluador y sobre las cuales no prosperó la referida objeción ..

"...Además, si en gracia de discusión el Sentenciador al tasar los daños y perjuicios fundó sus consideraciones en hechos no probados en el proceso, debió el recurrente sustentar su demanda con base en la causal primera de casación y no en la tercera, como lo hizo equivocando, así la vía de ataque escogida".

Similar a la anterior es la tacha del Ministerio Público a los dos cargos restantes, pues ellos fueron expuestos por el recurrente como si se tratara de alegato informal y propio de las instancias, donde tan sólo se consignan unas críticas genéricas, pues pese a enunciar la causal primera, se omitió determinar la vía de la violación o el sentido de la misma, haciéndose imposible la elucidación entre la vía directa y la indirecta, pues aunque en principio se cuestiona el aspecto probatorio como si de la vía indirecta se tratase, el fracaso es común en la medida en que el libelo no contiene la más mínima señal que permita deducir si lo pretendido corresponde al error de hecho o de derecho.

"Finalmente, frente a unas censuras carentes de toda formalidad legal, se formula una 'solicitud' que tampoco comulga con los erráticos cargos, ya que la misma nada contiene ni nada pide, dejando que la Corte entre a descifrar lo que el censor ha denominado 'alegado y probado'.

"Siendo, entonces, que frente a demandas como ésta, y por la naturaleza del recurso, la Corte no puede llenar los vacíos y yerros técnicos señalados y mucho menos entrar a interpretar el querer del actor frente a un escrito que no reúne los mínimos requisitos legales, necesario es colegir su inanidad, debiéndose sugerir de la honorable Sala de Casación, abstenerse de entrar a revisar el fondo de la cuestión planteada, desechando las censuras, y, por ende, no casar el fallo impugnado".

Consideraciones de la Corte

Presentada dentro del término concedido para descorrer el primero de los dos traslados, en nada podría descalificarse la demanda por la sola circunstancia de haber optado su formulante por incluir en único libelo los reparos formulados en el caso de cada uno de los dos acusados, si, como queda visto, lo atinente con la situación individual de cada uno de ellos se presenta y analiza por separado.

Son otras tas razones que motivan la desestimación de lo pedido, pues como viene de anotarse, los reparos que al contenido del escrito termina de formular la Procuraduría se ofrecen justos y bastantes para inducir a la decisión que se anuncia, por la imposibilidad en que coloca el censor a la Corporación para desentrañar el verdadero sentido de sus varios reparos y alcanzar como consecuencia a otorgarle una solución de fondo.

1. Iniciando por respeto al principio de prioridad el análisis de los reparos con la invocación de nulidad que el censor plantea en el último de los cargos formulados, en el que aduce la ocurrencia de *errores in procedendo*, como que llegar a prosperar apartarían a un retrotraimiento del trámite capaz de enervar la consideración de otros motivos de impugnación parejamente sugeridos, debe anotar la Sala que así resulte de recibo el análisis de la nulidad que en el cargo tercero se propone, bajo la perspectiva del interés que asiste a la defensa para impugnar este aspecto de la decisión adversa como de la correcta sujeción del escrito a las causales de casación penal viables según el artículo del Código de Procedimiento Penal por la no exclusividad de la demanda al tema del resarcimiento, es lo evidente que el escrito acusa en este aspecto defectos en el planteamiento argumental que, como en su momento lo resaltó la Delegada, inhiben la posibilidad de una consecuente contestación de fondo.

Aclarando en primer lugar que ni siquiera tiene la presentación formal del escrito una secuencia y conclusión coherentes, porque invocando la invalidación no se indica cuál es la parte de la actuación que acusa el vicio, ni desde qué momento habría de reponerse lo situado, la opción a escoger tampoco se vislumbra del razonamiento que se ofrece, pues el censor comienza por criticar los fundamentos de la sentencia como si el error radicara en esa pieza del proceso, lo que no obsta para luego se cuestione el trámite incidental de la objeción al dictamen de avalúo, pasando así de una anunciada desviación del debido proceso a un planteamiento de inconformidad respecto de una providencia interlocutoria, cuya oportunidad de impugnación se dejó pasar, ni siquiera inadvertida, sino con la

clara voluntad de consentir la determinación adversa, pues conocida, la defensa sólo reclamó que se agotara la instancia profiriendo del fallo respectivo.

Semejante indefinición del censor entre la causal de nulidad invocada y los reparos que luego insinúa por irregularidad de la prueba pericial (falso juicio de legalidad propio de la violación indirecta) o la ocurrencia de equivocaciones que tampoco se acredita cómo podían repercutir hacia la invalidez de la sentencia, mal podría entrar la Sala oficiosamente a superarla, porque de hacerlo desconocería el principio de limitación que expresamente consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal dentro de este recurso extraordinario, corriendo además el riesgo de desviar o deformar el pensamiento y fines buscados por el casacionista, que por su formulación confusa e incompleta no llegó a expresar con la claridad y precisión que con exclusividad le competía.

Referida la decisión a la prueba pericial porque el defecto, en últimas, entraba a afectarla, acierta la Delegada al observar que el censor erró al escoger la vía de la nulidad para enderezar su ataque, pues su impugnación correcta debía en ese caso intentarse por la vía de la violación indirecta demostrando la ocurrencia del error de derecho por falso juicio de legalidad.

La impugnación por esta vía no está llamada a prosperar.

2. En el cargo primero, formulado a nombre del acusado Luis Eduardo o Eduardo Pedraza Peña, pese a invocar el censor la causal primera de casación -artículo 220 del Código de Procedimiento Penal-, omite primeramente indicar si el ataque se orientaba hacia una violación directa o indirecta de la ley sustancial, indefinición que abre e inicia el camino a la perplejidad.

Si bien ese silencio podría inicialmente superarse interpretando de las referencias críticas a la prueba testimonial y al dicho del acusado que la censura se encamina por la vía de la violación indirecta, nuevamente la dificultad asoma para superar las omisiones del censor, que no precisa si los errores invocados son los de hecho o de derecho, cerrando cualquier posibilidad para que la Corte pueda conocer en su verdadero sentido la acusación, ingresando al estudio de fondo, pues como tantas veces se ha dicho, es exclusivo del casacionista el deber de fijar el derrotero que habrá de seguir la Corte en el estudio de las causales invocadas, sin que le sea dable a la Corporación entrar a corregir las fallas que presente la demanda ni a complementarla, menos a preferir en ella de varias alternativas simultáneas cuál es la que se acomoda mejor a los intereses de los recurrentes.

Obsérvanse más bien y en sustitución de un debido desarrollo lógico del cargo una serie de apreciaciones personales del censor relacionadas con la forma como debió tal vez hacerse el estudio de la prueba, camino ajeno tanto a las causales taxativas que el recurso de casación legalmente admite, como al principio de la sana crítica que gobierna en la actividad del juez la sopesación de los medios de comprobación, frente a la cual no intentó el demandante entrar a demostrar cuál fue el error y de qué naturaleza y trascendencia, que pudo desviar la decisión que legalmente y a este caso le correspondía.

Peor aún, ni siquiera a la realidad procesal se atiene en su reparo la demanda, porque sirviéndole de presupuesto en este cargo, la afirmación de haber quedado pericialmente acreditado que los proyectiles los recibió la víctima no por disparo directo sino de rebote, el dictamen al cual se atiene (folio 34 del cuaderno de incidente) precisamente concluye

que "no es posible determinar mediante cicatrices" la correspondencia de los orificios de entrada y de salida, ni establecer trayectorias, y más precisamente, tampoco "conceptuar acerca de si los disparos fueron hechos en forma directa o indirecta" por cuanto no se ilustró a los expertos sobre las prendas que portaba la víctima, ni la presencia de tatuaje, resultando en ello deficientes las historias clínicas.

Por ello recurrieron Juzgado y Tribunal al análisis conjunto de todas las informaciones complementarias que emanaban de las pruebas según se observa del fragmento que a continuación se reproduce:

"La forma como Julio César Cifuentes Prieto y José Isidro Peña narraron el momento en que Luis Eduardo Pedraza Peña hizo los disparos con arma de fuego contra la humanidad de José Epaminondas Cifuentes Prieto -dice el fallo del Tribunal al folio 59-, es decir, que éste los recibió cuando estaba en el suelo, y a una corta distancia, son circunstancias que inequívocamente señalan que la intención de Pedraza Peña era dar muerte a alguien que peleaba y había herido a sus hijos. La posición de la víctima y la distancia, uno o dos metros en que se hallaba Eduardo Pedraza, cuando disparó, indica que sí existió intención de matar, además, la región hipogástrica y el cuadrante inferior del seno son zonas altamente vulnerables y si la muerte no se produjo fue por circunstancias ajenas, pero la intención era causar la muerte, pues de lo contrario los disparos hubiesen hecho blanco en partes del cuerpo diferentes y no peligrosas para producir el resultado muerte.

El hecho que uno de los proyectiles hubiese quedado, como dice el defensor, "entre cuero y carne" no implica que porque no hubiese penetrado al abdomen no exista el delito de homicidio tentado, pues precisamente la no muerte violenta por circunstancias ajenas a la voluntad también es punible.

El censor, quien ni siquiera hace referencia crítica a toda la información que analiza la sentencia, y de la cual se nutren las conclusiones plasmadas en el fallo, tan sólo se limita a oponer al criterio del juzgador el suyo construido sobre un análisis parcial de los medios, actitud que por distanciarse de las exigencias de la impugnación extraordinaria rinde las pretensiones del libelo.

El cargo no prospera.

3. Similar reproche al consignado en precedencia le merece a la Sala la formulación del cargo contenido en la demanda a nombre de Marco Aurelio Pedraza Peña bajo la causal primera de casación, por inaplicación del artículo 29.4 del Código Penal, bajo el cual se pretende justificado el comportamiento del acusado por haber actuado en legítima defensa de su vida.

Aunque tampoco en este caso advirtió la demanda si el cargo se refería a la violación directa o a la indirecta, tras observar que la argumentación no entra a cuestionar las pruebas ni a intentar de su estimación la proposición de errores de hecho o de derecho, limitado el casacionista a resaltar que por hallarse debidamente acreditado el lesionamiento del acusado tenía que acogerse en la demanda su explicación y como consecuencia la prosperidad de la causal de justificación, podría inferirse -y la Delegada así lo hizo- el planteamiento de una violación directa.

Sin embargo, cuando de la violación directa se trata, es deber del actor entrar a señalar con toda claridad, y por supuesto, a demostrarlo, que el juzgador ignoró la existencia de una norma de contenido sustancial con incidencia tal en la sentencia, que modificaría la decisión de fondo, sea porque la seleccionó y aplicó al evento *sub examen* sin ser ella de recibo, ora porque pretermitió su aplicación tratándose del precepto adecuable, bien porque pese al acierto en la escogencia, distorsionó la sentencia su alcance por exceso o por defecto.

Como fácil puede verse, si en el caso de la violación directa la discusión toda radica con exclusividad sobre el ámbito jurídico, jamás podrán coincidir las objeciones sobre aspectos del hecho o de la prueba, lo que equivale a sostener que siendo en ésa la vía del ataque, está impedido el censor para cuestionar los presupuestos fácticos o desconocer el valor probatorio que el Tribunal les atribuye a los medios.

Para el caso materia de la controversia, yerra entonces de nuevo el impugnante al pretender la aplicación del artículo 29-4 del Código Penal, porque pese a su manifestación formal de atenerse a las pruebas, es a hechos distintos de los que asumió como probados la sentencia a los que pide darle la solución jurídica propuesta, dado que para el Tribunal no concurrían los elementos integrantes de la justificante que invocara Marco Aurelio Pedraza cuando causó lesiones a Epaminondas Cifuentes.

De esta manera se razonó en el fallo que se impugna:

"El testimonio de Julio César Cifuentes Prieto es el que ofrece credibilidad y quien con relación a las lesiones personales ha referido que cuando Marcos Pedraza se le lanzó a Epaminondas y lo arrojó al suelo "fui a separarlos entonces en ese momento Marcos tenía un cuchillo y cortó a mi tío en la parte de la cara, en una ceja también y en la cabeza, una puntada en el cuello, también en el hombro izquierdo, creo que fueron dos cortadas en el hombro" y expresa que a Romelio Pedraza no lo vio.

"...María Inés Peña de Cifuentes (esposa del lesionado) señaló que cuando están listos para dirigirse a la casa, Marco Pedraza atacó a su esposo con un cuchillo. Marco 'puñalió' a su esposo y éste se defendió con una varita y ahí 'se agarraron'. Por su parte, José Epaminondas Cifuentes Prieto (folio 145) reseña que cuando estaba esperando bus 'se me botó Marcos Pedraza con una navaja y me pegó dos puñaladas en el brazo izquierdo' y fue quien, además, le cortó la cara. Finalmente, el procesado José Isidro Peña Báez (fl. 206) expresa que Marco Pedraza 'se le lanzó a su cuñado Epaminondas con un cuchillo hasta que lo tumbó y siguió dándole con el cuchillo'.

"Con base en lo anterior, no queda duda alguna de que Marco Pedraza Peña fue el autor de las lesiones personales que con cuchillo o navaja causó a Epaminondas Cifuentes Prieto y fue la persona que inició el ataque que culminó con los resultados mencionados en las consideraciones".

Si ésta era la realidad que asomaba a los ojos de los Jueces, ninguna posibilidad tenía de aplicación la justificante de la defensa justa por simple sustracción de materia, pues para Marco Pedraza no mediaba riesgo que le obligara a utilizar las armas en defensa de su vida o de su integridad, siendo, como queda visto, el promotor y dueño de la iniciativa en la contienda.

Para que el censor pudiera rectamente enderezar un ataque a la sentencia procurando el reconocimiento de la defensa justa, tenía que partir de una realidad fáctica y probatoria diferente, porque en caso tal lo advertible sería una violación indirecta y no directa del precepto invocado.

Ningún esfuerzo hizo para acreditar la presencia de errores de hecho o de derecho bajo los cuales hubiera tenido el juzgador que reconocer una realidad objetiva diferente de aquella que plasmó en su sentencia, y ello indefectiblemente significa que el cargo formulado no prospera.

Debe sin embargo, por encima del fracaso de la demanda, rectificar la Sala oficiosamente con fundamento en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal los vicios en que incurrió el juzgado del conocimiento con motivo de la imposición de las penas accesorias a los acusados, y que por no haber remediado el Tribunal en su momento, vulnerarían, de quedar en firme, las garantías fundamentales de los acusados.

Aparece, en efecto, en el ordinal 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado la imposición como penas accesorias a los hermanos Pedraza Peña de la "interdicción de derechos y funciones públicas, a la suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, la prohibición de portar cualquier clase de armas y a consumir bebidas embriagantes, por un tiempo igual al de la pena principal". La motivación de esas sanciones no se incluyó por parte alguna en los considerandos, que simplemente y en la hoja 19 del fallo las anunció con invocación del artículo 52 del Código Penal.

Este precepto (artículo 52 del Código Penal), expresamente adscrito como pena accesoria de la prisión la interdicción en el ejercicio de derecho y funciones públicas, imposición cuya previsión legal releva la necesidad de elorgar otra clase de explicaciones. Pero con relación a las "demás penas accesorias", la remisión se hace a la discrecionalidad del Juez, y es claro que en esas circunstancias su imposición deberá aparecer debidamente motivada, consultando y relacionando la naturaleza y gravedad del hecho con la medida punitiva de la cual se trata.

La falta de motivación de este aspecto de la sentencia redunda en su invalidación, que por no trascender del fallo mismo corresponde corregir en esta sede según autorización del artículo 229-1 del Código de Procedimiento Penal respecto de la suspensión de la patria potestad y la prohibición para el consumo de bebidas embriagantes que, como consecuencia, quedarán sin ningún valor ni efecto, sentido en el cual se casará también la imposición que prohibió a los acusados portar cualquier clase de armas, caso en el cual el transgredido fue el principio de legalidad, pues no se trata de medida que el legislador haya previsto siquiera como pena.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de dejar sin valor alguno ni efecto las penas accesorias de suspensión de la patria potestad, prohibición para el consumo de bebidas embriagantes y porte indiscriminado de armas impuestas a los acusados Eduardo o Luis Eduardo Pedraza Peña y Marco Aurelio Pedraza Peña, dejando en todo lo demás en firme el fallo condenatorio recurrido por su defensor.

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

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

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PARTE / INDAGATORIA / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD

Para recurrir en casación no es suficiente que quien interponga el recurso extraordinario sea sujeto procesal dentro del juicio respectivo, de manera que tenga la *legitimatio ad processum* y que la ley lo haga titular del recurso. Es indispensable, además, la *legitimatio ad causam*, que en materia de casación se convierte en el interés para recurrir. La lesión que el fallo cause al impugnante hace patente el interés jurídico para el demandante. En estas condiciones, no podrá interponer el recurso aquel sujeto procesal que no ha sufrido perjuicio alguno con la sentencia o que no pretenda mejorar la situación jurídica de la parte que representa. / El Juez no disfruta de la omnímoda facultad de vincular a un proceso mediante la indagatoria a toda persona que fugaz y marginalmente haga su aparición en la investigación, sino aquella "... respecto de la cual el funcionario haya adquirido la convicción fundada y seria, por antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso de que es autor o partícipe de una infracción penal o bien al sorprendido *in flagranti* ..." por ser una potestad que está condicionada en su ejercicio a la apreciación del Juez, fundada en los elementos de juicio que ofrezca el sumario. / La ruptura de la unidad procesal es una simple irregularidad que no genera nulidad, como expresamente lo establece el artículo 88 del C. de P. P., pues en estos casos se subsana la omisión, disponiendo investigar por separado a los demás supuestos autores o partícipes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8027

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Con decisión del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y dos, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito del Guamo del 31 de octubre de 1991,

mediante la cual se condenó a Rosa Virginia Serrano Padilla a la pena principal de veintiocho meses de prisión como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público; a Ernesto Manrique Portela a veintiocho meses de prisión como determinador de la anterior conducta ilícita y a Gustavo Lozano Díaz a dieciséis meses de prisión por el delito de uso de documento público falso.

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso en oportunidad el recurso extraordinario de casación por el apoderado de la señora Rosa Virginia Serrano, el cual, agotado en su tramitación, procede a resolver la Sala.

Episodio Procesal

Por el mes de mayo de 1986, el señor Gustavo Lozano Díaz, por entonces citador grado 4 del Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo, no siendo bachiller y deseando acreditar esta calidad para su ingreso a la carrera judicial, acudió a su pariente Manrique Portela, quien logró persuadir a Rosa Virginia Serrano, secretaria auxiliar del Colegio General Roberto Leiva, para que le prestara su colaboración para el fin propuesto. Fue así como esta funcionaria elaboró un certificado de estudios falso en todo su contenido, donde se hacían constar las notas correspondientes a los años de un bachillerato que no había cursado. El señor Lozano habilidosamente lo hizo firmar por el rector del Colegio y la secretaria, quienes en todo momento fueron ajenos a la falsificación. El certificado espurio fue entregado a Lozano, quien hizo uso de él entregándolo a los funcionarios de la carrera judicial.

Por estos hechos, fueron residenciadas en juicio penal las tres personas comprometidas en la maniobra fraudulenta por el delito de falsedad ideológica en documento público. Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior modificó el pliego de cargos, dejando en firme la resolución de acusación pero por el delito de falsedad material de particular en documento público, que tipifica el art. 220 del C. Penal. Por esta conducta fueron sancionados los procesados en las sentencias de primera y segunda instancias.

La Demanda de Casación

Con fundamento en la causal tercera de casación, art. 220 del C. de P. P. el actor formula dos cargos a la sentencia que acusa de haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad.

Argumenta el censor en su primer cargo que el documento redargüido de falso " ...contiene una atestación escrita mediante la cual se expresó algo de significación jurídica y es, como ya se anotó, público por haber sido expedido por empleado oficial en ejercicio y desempeño de sus funciones y atribuciones legales reglamentarias y estatutarias...".

Por lo anterior, según el libelista la conducta ilícita realizada es la de falsedad ideológica en documento público, de que trata el art. 219 del C. P. y no el delito de falsedad material de particular en documento público, por el cual fue condenada equivocadamente la procesada en concepto del recurrente, "...lo cual constituye una relevante y comprobada irregularidad sustancial..." que invalida el proceso por error en la denominación jurídica de la infracción.

En su segundo cargo, considera el casacionista que es muy significativo el hecho de que no se hubiera vinculado al proceso a los señores Pablo Orlando Villanueva y María Diva Sánchez, rector y secretaria del Colegio y quienes en su calidad de empleados oficiales expidieron el documento público considerado como falso en su contenido. Sostiene el actor que la vinculación al proceso de estos ciudadanos hubiera podido hacer variar la situación jurídica de la recurrente. Que esta omisión constituye un quebrantamiento al debido proceso.

Respuesta del señor Agente del Ministerio Público y Consideraciones de la Corte

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de examinar los cargos formulados a la sentencia, solicita a la Corte no casar la sentencia, pues no existe en el proceso irregularidad alguna que pueda afectar su validez.

Respecto al primer cargo, considera la Delegada que el recurrente que en su calidad de defensor de la procesada carece de interés jurídico para formularlo.

Para el señor Procurador, el abogado defensor debe buscar siempre que la situación jurídica de la parte que representa resulte menos gravosa que lo que se ha decidido y agrega: "...Carece de toda lógica presentar el ataque para que la determinación tomada permanezca igual o se haga más gravosa. En el caso concreto de estudio, la impugnación presentada por el casacionista no beneficia a la parte que representa, ya que la conducta prevista en el art. 219 del C. P., falsedad ideológica en documento público, norma considerada por el casacionista que ha debido aplicarse a los hechos investigados, necesariamente agravaría la situación jurídica de la procesada, por cuanto se tendría que partir del mínimo de tres años de prisión hasta el máximo de diez años de prisión y no de la tasación hecha de conformidad con la norma aplicada por el Tribunal, art. 220 del Código Penal, del mínimo de dos años de prisión hasta el máximo de ocho años de prisión...".

Agrega la Delegada que el recurrente pretende que en el futuro le sea aplicada a su asistido una pena mayor a la impuesta en la sentencia impugnada, lo que sí afectaría el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

Para la Sala es inobjetable el anterior planteamiento del señor agente del Ministerio Público.

En términos generales, para recurrir en casación no es suficiente que quien interponga el recurso extraordinario sea sujeto procesal dentro del juicio respectivo, de manera que tenga la *legitimatio ad processum* y que la ley lo haga titular del recurso. Es indispensable, además, la *legitimatio ad causam*, que en materia de casación se convierte en el interés para recurrir. La lesión que el fallo cause al impugnante hace patente el interés jurídico para el demandante. En estas condiciones, no podrá interponer el recurso aquel sujeto procesal que no ha sufrido perjuicio alguno con la sentencia o que no pretenda mejorar la situación jurídica de la parte que representa.

Y en el caso que se analiza y donde se alega una pretendida nulidad por un error del juzgador en el *nomen juris* de la infracción, no se advierte qué interés jurídico pueda tener el recurrente; recuérdese que la procesada fue condenada por el delito de falsedad de particular en documento público, tipo penal para el cual tiene señalada la ley una pena mínima de dos años de prisión y una máxima de ocho años. Y el impugnante afirma que

la conducta debe subsumirse dentro de la preceptiva del art. 219 del C. P., esto es, como delito de falsedad ideológica en documento público, que conlleva una pena mínima de prisión de tres años y una máxima de diez.

Gran perplejidad causa esta censura por provenir de quien representa los intereses de la procesada: no se puede entender cómo la aplicación en la sentencia de la norma más benigna pueda perjudicar los intereses de la persona a quien favorece. En estas condiciones, no es posible aceptar que exista interés en el impugnante para proponer este cargo, si, como se ha puesto de presente, la sentencia no perjudica al recurrente, sino que, por el contrario, le degrada la imputación favoreciéndolo de manera evidente. Siendo ésta la situación que se analiza, la ausencia de interés jurídico en el actor es manifiesta y, por ello, la censura no puede prosperar.

Asiste igualmente la razón al señor Procurador Delegado cuando solicita a la Corte rechazar por improcedente el segundo reproche que se formula por el recurrente también al amparo de la causal de nulidad y con el argumento de que se quebrantó el debido proceso, al no vincularse en la etapa sumaria y mediante declaración indagatoria a los señores Pablo Orlando Villanueva y María Diva Sánchez, rector y secretaria respectivamente del Colegio General Roberto Leiva.

No es posible sostener con los reparos que se formulan en este cargo a la actuación procesal que se quebrantaron por el investigador las formas propias del debido proceso. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el juez no disfruta de la omnímoda facultad de vincular a un proceso mediante indagatoria a toda persona que fugaz y marginalmente haga su aparición en la investigación, sino a aquella "...respecto de la cual el funcionario haya adquirido la convicción fundada y seria, por antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso de que es autor o partícipe de una infracción penal o bien al sorprendido *in flagranti*...." por ser una potestad que está condicionada en su ejercicio a la apreciación del juez, fundada en los elementos de juicio que ofrezca el sumario y en el caso que se analiza, la inocencia del rector y la secretaria del Colegio era diáfana y evidente desde los comienzos de la investigación y así fue apreciada por el juzgador, sin que existieran por tanto elementos de juicio que permitieran vincularlos al proceso mediante indagatoria.

Pero aún en el supuesto inadmisible en el caso de estudio de que el juez hubiese omitido la vinculación, no conllevaría a la nulidad de lo actuado porque la ruptura de la unidad procesal es una simple irregularidad que no genera nulidad, como expresamente lo establece el art. 88 del C. de P. P., pues en estos casos se subsana la omisión, disponiendo investigar por separado a los demás supuestos autores o partícipes.

Además de las alegaciones del casacionista, no se vislumbra siquiera de qué forma la presunta omisión pudo afectar las garantías constitucionales de la sentenciada.

No prospera la demanda.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, obrando 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 nombre de la procesada Rosa Virginia Serrano Padilla por el delito de falsedad, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CASACION DISCRECIONAL

Es un hecho indiscutible que el Código de Procedimiento Penal ahora vigente estableció dos clases de casación: la ordinaria, que procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superior de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar en segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad (art. 218 inc 1º); y la excepcional, que opera contra cualquier sentencia de segunda instancia que no reúna los requisitos anteriores, pero limitada a que sólo la puede interponer el Procurador, su delegado o el defensor, y su aceptación es una facultad discrecional exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales (art. 218 inc. 3º). / Al atribuir la norma la aceptación del recurso a esta Sala excluyó expresamente cualquier intervención de los jueces del circuito o de los tribunales, de manera que su labor se limita a remitir el expediente a la Corte para que decida sobre la procedencia de la impugnación. Resuelto este punto, las diligencias vuelven a su lugar de origen para el trámite correspondiente, según se haya admitido o no el recurso. / "Aceptar" y "admitir" son sinónimos, y con el mismo sentido se utiliza la expresión "conceder", palabras con las cuales se señala el paso siguiente a la interposición del recurso, sin lo cual es absurdo correr traslado para la presentación de la demanda, ya que un procedimiento así resultaría no sólo violatorio del principio de economía procesal, sino de los intereses del acusado. / Es obvio que en el caso de la casación excepcional no procede el recurso de hecho, pues, correspondiéndole su admisión a la Sala Penal de la Corte, no queda ningún superior ante quien tramitarlo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8533. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Tulio Elías Sampayo Noguera contra el auto por medio del cual se inadmitió el recurso de casación excepcional propuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica.

Argumentos del Impugnante

La muy extensa alegación del recurrente se circunscribe a lo siguiente:

a) Existe una distinción entre los términos "concesión" y "aceptación o admisibilidad del recurso". Lo primero le corresponde a la autoridad que profiere la decisión impugnada y sólo ella es competente para controlar los formalismos establecidos para su interposición. Lo segundo es atribución del funcionario que debe desatarlo o decidirlo,

b) El nuevo Código de Procedimiento Penal le asigna una facultad excepcional a la Corte Suprema de Justicia, para que discrecionalmente pueda aceptar el recurso extraordinario de casación interpuesto por determinados sujetos procesales, contra sentencias de segunda instancia dictadas por jueces unipersonales, reúnase o no el requisito de la punibilidad que sea o exceda de cinco años, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, *...pero en manera alguna le atribuye competencia para la "concesión" de recurso de casación que interponga este nuevo grupo de recurrentes, ni mucho menos tal inciso les estableció nuevos requisitos formales para poder hacer uso de tal recurso extraordinario en el sentido de tener que explicar en ese momento procesal las razones para que la Corte Suprema alcance los señalados fines, so pena de ser inadmitido el recurso posteriormente y cuando el juez de casación adquiera la competencia* (destacado del texto);

c) Según la interpretación de la Corte hay dos grupos de recurrentes en casación: "unos de mejor familia", que pueden interponer el recurso por escrito sin darle explicación al Juez para que se lo conceda, y con la garantía de que si se le niega puede recurrir en "queja" a la Sala Penal de la Corte; y otros de "peor familia", que no pueden interponer el recurso por escrito sin explicaciones y sin garantía del recurso de hecho o "queja", y que en caso de ser admitido tendrán que correr el riesgo de que si la demanda no reúne los requisitos del artículo 225 la impugnación no les será aceptada. Esta discriminación procesal no se conforma con los principios que rigen el ordenamiento jurídico y menos con la nueva sociedad colombiana que pretende estructurar la nueva Carta Política;

d) El nuevo Código de Procedimiento Penal no hace ninguna distinción entre casación ordinaria y casación excepcional, atribuyéndole a la Corte competencia para conocer del recurso, sin asignarle la función de concederlo, ya que ésta le corresponde al Juez que dicte la sentencia de segunda instancia, según el artículo 224;

e) Como no puede haber discriminación entre recurrente en casación excepcional u ordinaria, en cuanto a las formalidades para la interpretación del recurso, es del escrito de demanda de donde la Sala Penal de la Corte puede apreciar discrecionalmente si en

ese caso debe aceptar la impugnación, por ser necesaria para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales;

f) A la Corte Suprema de Justicia sólo le puede llegar un recurso de casación por la vía del recurso de hecho, o cuando habiéndose surtido todo el trámite de los artículos 224 y 225 del Código de Procedimiento Penal asumió el conocimiento. Por fuera de estos casos usurpa competencia, ya que al Juez le corresponde la concesión y a la Sala de Casación Penal, la admisión o aceptación del recurso;

g) El artículo 84 de la Constitución Política prohíbe establecer requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho el cual haya sido reglamentado de manera general. Las normas que regulan la casación no establecen la exigencia de que el recurrente deba dar razón del ejercicio de su derecho. En consecuencia, al someter la Corte al procesado Tulio Elías Sampayo al cumplimiento de ese requisito no previsto viola la Constitución.

Consideraciones de la Sala

De manera totalmente contraria a lo que piensa el impugnante, es un hecho indiscutible que el Código de Procedimiento Penal ahora vigente estableció dos clases de casación: la ordinaria, que procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superior de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar en segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad (art. 218 inc. 1°); y la excepcional, que opera contra cualquier sentencia de segunda instancia que no reúna los requisitos anteriores, pero limitada a que sólo la puede interponer el Procurador, su delegado o el defensor, y su aceptación es una facultad discrecional exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales (art. 218 inc. 3°).

Al atribuir la norma la aceptación del recurso a esta Sala excluyó expresamente cualquier intervención de los Jueces del Circuito o de los Tribunales, de manera que su labor se limita a remitir el expediente a la Corte para que decida sobre la procedencia de la impugnación. Resuelto ese punto, las diligencias vuelven a su lugar de origen para el trámite correspondiente, según se haya admitido o no el recurso.

La distinción terminológica que plantea el abogado en su escrito carece por completo de razón, y le hubiera bastado entender que "aceptar" y "admitir" son sinónimos, y con el mismo sentido se utiliza la expresión "conceder", palabras con las cuales se señala el paso siguiente a la interposición del recurso, sin lo cual es absurdo correr traslado para la presentación de la demanda, ya que un procedimiento así resultaría no sólo violatorio del principio de economía procesal, sino de los intereses del acusado.

Es obvio que en el caso de la casación excepcional no procede el recurso de hecho, pues correspondiéndole su admisión a la Sala Penal de la Corte, no queda ningún superior ante quien tramitarlo. Estas son referencias elementales que el defensor debería saber, pero tal parece que terminó ahogado en el mar de confusión que creó con su contradictorio alegato, resultándole incluso difícil entender que no se trata de que una modalidad del

recurso extraordinario sea de mejor familia que la otra, sino simplemente que entre la "ordinaria" y la "excepcional" hay diferencias que les señala la misma ley.

Por último, siendo únicamente procedente el recurso excepcional cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, esto implica que quien lo interpone debe demostrar que su caso se ajusta a una de esas exigencias. No es que la jurisprudencia haya creado requisitos adicionales; es que éstos están comprendidos en la disposición que regula ese tipo de impugnación.

Las razones anteriores son suficientes para concluir que no hay motivo alguno para reponer el auto cuestionado.

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

RESUELVE:

No reponer el auto por medio del cual se inadmitió el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Tulio Elías Sampayo Noguera.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / PERITAZGO / NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA / SANA CRITICA

Aún en el supuesto de que la prueba pericial hubiese sido aportada al proceso con quebranto evidente de las normas legales que regulan la materia, ello sólo afectaría la validez de la prueba; y en este caso no se produciría una nulidad técnicamente hablando, que afectara la estructura básica del proceso en todo o en parte, pues sólo llevaría a que el elemento de convicción irregularmente llevado al expediente no pudiera ser considerado al no producir efectos legales y el Juez no podría valorarlo para formar su convicción. Es pues inapropiado y carente de lógica jurídica reclamar la nulidad de todo un proceso con el solo fundamento de que una de las pruebas a él aportada no se recogió con las formalidades que la ley prescribe para su validez. / Ese específico traslado del dictamen pericial, a las partes que disponía el artículo 277 del Código de Procedimiento anterior, no constituye un rito de la prueba cuya inobservancia pueda afectar su legalidad, cuando las partes la han conocido al obrar en el proceso legalmente aducida, y cuando disfrutaron de la oportunidad de objetarla, si así lo consideraban conveniente, antes de que el proceso entrara al despacho para sentencia. / Para que prospere una nulidad por quebranto al derecho de defensa es preciso que el procesado se vea privado de los medios adecuados para ejercitar sus derechos y que no cuente con la asesoría de un abogado que oriente la defensa y la ejercite a plenitud y quien escogerá según su criterio el procedimiento y las oportunidades que considere aconsejables para el lleno de su cometido. Recurrir o no recurrir de una sentencia no es omitir un acto indispensable de defensa, si ya a lo largo del proceso, como en el caso que se analiza, el abogado ha cumplido, a su leal saber y entender, su ministerio. / La Corte ha dicho reiteradamente en su fallo de casación, cuando de la causal primera se trata, que pretender oponer un criterio estimativo de la prueba por el impugnador al expresado por los jueces no conduce a evidenciar el error en la apreciación de los hechos, menos dentro del actual Código de Procedimiento Penal, donde la convicción o certeza dimanan de la racional apreciación de la prueba, que el sentenciador valora cualitativamente con gran arbitrio, como es propio del sistema de la sana crítica que impera en el derecho penal colombiano.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7423.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por sentencia del dieciséis de febrero del año de 1992 que confirmó la proferida por el señor Juez Primero Superior del mismo Distrito, condenó a José Antonio Valencia Arias a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio simple en la persona de Ramón Elías Durán Galeano.

Se condenó además al procesado a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y al pago de la cantidad de tres millones noventa mil pesos, como indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra esta decisión interpuso en oportunidad el procesado el recurso extraordinario de casación que procede a resolver la Corte.

Antecedentes

El dos de junio de 1991 en las horas de la noche, en un sector de la Avenida El Ferrocarril, jurisdicción del municipio de Pereira, Ramón Elías Durán Galeano recibió muerte violenta, cuando trataba de mediar en la contienda que sostenía su hijo Juan Evangelista Durán con el procesado José Antonio Valencia Arias. Este, armado de cuchillo, arremetía contra Juan Evangelista, interviniendo en ese momento Ramón Elías, quien recibió la cuchillada mortal.

El acusado fue residenciado en juicio penal como responsable de un delito de homicidio simple y hallado responsable penalmente por los juzgadores de primera y segunda instancias.

Demanda de Casación

La demanda, presentada a nombre del sentenciado con poder especial otorgado para tal efecto a un Defensor Público, acusa la sentencia formulando diversos cargos al amparo de las causales primera y tercera de casación de que trata el artículo 220 del C. de P. P.

En su primer cargo sostiene el libelista que se quebrantó de manera indirecta la ley sustancial -arts. 29 y 30 del C. P.- por presuntos errores de hecho en la apreciación probatoria.

Como prueba no estimada por el juzgador, habla de un informe del DAS del cual deduce que el sentenciado Valencia no conocía al testigo Ramón Arturo Durán, quien en consecuencia pudo faltar a la verdad en su versión ante la justicia, cuando explicó las causas generadoras de los hechos que concluyeron con la muerte violenta de Durán Galeano. Arguye además que no obstante estar demostrado el antisocial comportamiento del testigo con anterioridad a los hechos, se le creyó y su declaración sirvió de fundamento a la sentencia.

Pasa luego a criticar la prueba existente en el proceso, para tratar de demostrar que el sentenciado Valencia Arias fue veraz, cuando afirmó ante la justicia que reaccionó para defenderse de la agresión de unos atracadores.

Como conclusión de este cargo, solicita el recurrente que se case la sentencia y se reconozca por la Corte que el procesado "...actuó en exceso de legítima defensa..".

En su segundo reproche alega el recurrente un presunto error de derecho en el cual incurrió el Tribunal, al "... dar por probado el dictamen pericial existente al folio 101 del sumario, sin haberse surtido la ritualidad de contradicción del dictamen atinente a los perjuicios materiales..".

En la fundamentación del cargo sostiene el casacionista que el juzgador no cumplió con lo dispuesto en el art. 276 del C. de P. P., que ordena poner el dictamen de los peritos "...a conocimiento de las partes por el término de tres días, para que durante él se pudiese pedir la complementación, adición, ampliación o declaración del mismo, o para la respectiva objeción...".

Con relación a este cargo, solicita el recurrente que se case parcialmente la sentencia impugnada y se absuelva al sentenciado del pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

De manera subsidiaria un tercer cargo formula el actor, donde se reclama la nulidad de todo lo actuado por violación al derecho de defensa y al debido proceso.

"Brota de la historia procesal -dice el demandante- que el dictamen pericial allegado durante la fase calificatoria a este proceso omitió correrse traslado. Recorrió tanto esta fase como la del juzgamiento en silencio, sin que el instructor primero y luego el fallador corrieran traslado o pusieran en conocimiento el dictamen para los efectos de los otrora artículos 276 y 277 del C. de P. P., hoy 270 y 271.

Sostiene con fundamento en lo anterior que el derecho de defensa de su prohijado fue conculcado, porque no se le dio oportunidad de controvertir el dictamen pericial que sirvió para proferir condena al pago de perjuicios por una suma concreta.

Concepto de la Procuraduría Delegada

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal empieza el estudio de la demanda por la causal de nulidad, como lo enseña el principio de prioridad, y con apoyo en reiterada jurisprudencia de la Corte sostiene que la omisión en el traslado de los dictámenes periciales es una simple irregularidad que no lesiona el derecho de defensa ni atenta contra las normas que rigen el debido proceso y al respecto anota:

"...La omisión indicada, si bien es una irregularidad, no constituye vicio que pueda generar la nulidad del proceso, porque la prueba pericial referida fue producida legalmente y el procesado y su defensor tuvieron la oportunidad de conocerla y por lo tanto de controvertirla en el juicio. Además el art. 277 del C. de P. P. de 1987 consagra que el dictamen de los peritos puede ser objetado por las partes en cualquier tiempo, antes de que el proceso entre al despacho del juez para sentencia. Si la defensa o el procesado no objetaron en el amplio término que la ley señala el dictamen pericial, es indudable, que lo que se censura como defecto se deriva de la propia inactividad procesal del titular del

derecho de formular la objeción. Por ello, siempre la jurisprudencia y la doctrina han considerado que no cabe anular el proceso por falta de traslado expreso ordenado por el juez, pues a falta del término judicial existe otro más amplio, de orden legal, que faculta a los sujetos del proceso para oponerse a las conclusiones parciales. .".

Con referencia al segundo cargo, que de prosperar acarrearía la nulidad de la actuación, considera la Procuraduría que no corresponde a la realidad, ya que el sentenciado contó en todas las etapas del proceso con una adecuada defensa material y técnica. Por ello afirma la citada entidad que no se puede afirmar, como lo hace el casacionista, ". que el no recurrir el defensor de todas las decisiones del juzgador y más concretamente de la sentencia de primer grado, haya faltado a la defensa técnica, por cuanto, como se ha dejado expuesto, ello depende de lo que estime conveniente el encargado de la defensa...".

Se ocupa luego la Delegada al estudio del primer cargo, por violación indirecta de la ley sustancial por falta de apreciación de determinados elementos de juicio y al respecto anota que el demandante enjuicia el análisis de la prueba que efectuó el juzgador en posición inadmisible en casación, ya que el Tribunal tiene libertad para apreciar los medios de convicción dentro del sistema de la sana crítica y agrega:

"...Como es evidente, se trata en la demanda de un alegato de discusión sobre la prueba, para extraer de ella conclusiones diversas a las de la sentencia. Véase este:" Errores de hecho: 1. No dar por demostrado, estándolo, que el procesado actuó en legítima defensa... 3. No dar por demostrado que el occiso y su hijo registraban antecedentes penales y fundamentalmente Ramón Arturo Durán Gutiérrez contra el patrimonio económico de las personas... Otro rubro lo denomina el recurrente *pruebas defectuosamente apreciadas*, en donde con claridad se ve que la impugnación quiere enmendar el juicio judicial de valoración de la prueba, lo cual resulta tarea de crítica probatoria que no concuerda con el sentido de la casación, que apunta a errores trascendentes que incidan en el contenido del fallo...". Considera en consecuencia la Delegada que la censura no puede prosperar.

No se refiere la Procuraduría a un nuevo cargo que por violación indirecta de la ley ensaya el libelista, porque éste se apoya en la pretendida ilegalidad del dictamen pericial, y a la cual se refirió en el curso de su concepto para negarle toda vocación de prosperidad. De ahí que concluya su alegación solicitando a la Corte no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Debe la Sala considerar como totalmente ajustado a las normas legales sobre la materia y lo demostrado en el proceso el valioso concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

El tercer cargo contra la sentencia del Tribunal y que la Corte examinará, en primer lugar por simple lógica y en acatamiento al principio de prioridad, se ha formulado a través de la causal de nulidad por una irregularidad que el recurrente denomina nulidad constitucional, pero que perfectamente se subsume dentro de lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del art. 304 del C. de P. P. y se hace consistir en que el juzgador no puso a disposición de las partes o no corrió traslado del dictamen pericial sobre avalúo de

perjuicios materiales, omisión que en concepto del casacionista viola las normas del debido proceso y lesiona el derecho de defensa.

Debe advertirse en primer lugar que aún en el supuesto de que la prueba pericial hubiese sido aportada al proceso con quebranto evidente de las normas legales que regulan la materia, ello sólo afectaría la validez de la prueba y en este caso no se produciría una nulidad técnicamente hablando, que afectará la estructura básica del proceso en todo o en parte, pues sólo llevaría a que el elemento de convicción irregularmente allegado al expediente no pudiera ser considerado, al no producir efectos legales y el Juez no podría valorarlo para formar su convicción. Es pues inapropiado y carente de lógica jurídica reclamar la nulidad de todo un proceso con el sólo fundamento de que una de las pruebas a él aportadas no se recogió con las formalidades que la ley prescribe para su validez.

Pero en el caso que se examina, al no correrse traslado del dictamen para que éste pudiera ser examinado por las partes, se está en criterio de la Corte, ante una simple irregularidad que no menoscaba ni conculca los derechos del procesado, ni afecta las formas básicas del debido proceso y que ni siquiera afecta la validez de la prueba.

Ha sostenido la Corte de manera reiterada y uniforme que ese específico traslado del dictamen pericial a las partes, que disponía el art. 277 del Código de Procedimiento Penal anterior, no constituye un rito de la prueba cuya inobservancia pueda afectar su legalidad, cuando las partes la han conocido al obrar en el proceso legalmente aducida, y cuando disfrutaron de la oportunidad de objetarla, si así lo considerában conveniente, hasta antes de que el proceso entrara al despacho para sentencia. En estas condiciones, si alguna inconformidad o reparo existía contra el dictamen pericial, el procesado y su defensor disfrutaron de tiempo suficiente para expresarlo; y si no lo hicieron, ahora no pueden alegar a su favor su propia culpa y su silencio.

El segundo motivo de acusación contra la sentencia, basado en la causal tercera de casación y con fundamento en el quebranto al derecho de defensa, por ausencia de una asistencia técnica durante la causa, es igualmente inadmisible. La afirmación de que el sentenciado Valencia Arias estuvo desprotegido durante el juzgamiento es una afirmación que no corresponde a lo demostrado en el proceso.

Una atenta mirada al expediente pone de presente que en todo momento del proceso, el acusado contó con la asistencia de profesionales del derecho que cumplieron a cabalidad con su deber en defensa de sus intereses.

Así, desde el momento en que Valencia fue llamado a rendir indagatoria, estuvo acompañado en la diligencia por la abogada Gloria Mercedes Espinosa. Cumplida esta diligencia, el sindicado designó como apoderado de confianza a la Dra. Martha Cecilia Rivera, quien tomó posesión del cargo y en extenso escrito solicitó al Juez de Instrucción no proferir medida de aseguramiento contra su asistido. Dictada esta medida y adelantado el sumario, la apoderada solicitó pruebas y participó en la recepción de ellas; cerrada la investigación, estuvo la profesional del derecho alegando con insistencia y propiedad por una benigna calificación a favor de su representado. Proferida resolución de acusación y llegada la audiencia pública, la defensora intervino activamente en dicha diligencia y por escrito presentó un resumen de sus alegaciones en el debate.

El hecho de que la profesional del derecho no hubiese interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, cosa que sí hizo el procesado, no significa falta de asistencia formal o técnica de la abogada que atendió los intereses del acusado durante el proceso con especial esmero. Para que prospere una nulidad por quebranto al derecho de defensa es preciso que el procesado se vea privado de los medios adecuados para ejercitar sus derechos y que no cuente con la asesoría de un abogado que oriente la defensa y la ejercite a plenitud y quien escogerá según su criterio el procedimiento y las oportunidades que considere aconsejables para el llenado de su contenido. Recurrir o no recurrir de una sentencia no es omitir un acto indispensable de defensa, si ya a lo largo del proceso, como en el caso que se analiza, el abogado ha cumplido, a su leal saber y entender, su ministerio.

Por lo anterior, no prospera este reproche.

Cargo Primero. Causal Primera.

Con apoyo en este motivo de impugnación, se sostiene que en el fallo acusado se incurrió en errónea apreciación probatoria, porque algunos elementos de juicio no se estimaron y otros fueron defectuosamente apreciados y por ello no se reconoció a favor del inculpado un exceso en el derecho de defensa.

Pero, como bien lo pone de presente la Procuraduría, el verdadero sentido de la impugnación va encaminado a "...enmendar el juicio de valoración de la prueba", lo cual convierte el reproche en una alegación de instancia improcedente, ya que se limita a bosquejar un posible error de derecho, por falso juicio de convicción, tratando de demostrar ante la Corte que el Tribunal se equivocó al valorar y dar credibilidad a la prueba de cargo, cuando, en su sentir, era la versión del inculpado rendida en su indagatoria, la que debía acogerse en su integridad para reconocer a su favor un exceso en la defensa.

Esta clase de argumentaciones son improcedentes en casación e insuficientes para desvirtuar la apreciación que hizo el Tribunal del caudal probatorio, para llegar a señalar a José Antonio Valencia como responsable del delito de homicidio simple, con fundamento en un estudio crítico, sereno y acertado de los elementos de juicio, analizando no sólo el testimonio del hijo de la víctima como lo sostiene el censor, sino un conjunto de prueba testimonial e indiciaria de especial valor de convicción, de la cual prescinde el recurrente en su afán de sacar adelante una tesis que carece de asidero serio en el proceso.

Por eso, la Corte ha dicho reiteradamente en su fallo de casación, cuando de la causal primera se trata, que pretender oponer un criterio estimativo de la prueba por el impugnador al expresado por los jueces no conduce a evidenciar el error en la apreciación de los hechos, menos dentro del actual Código de Procedimiento Penal, donde la convicción o certeza dimanan de la racional apreciación de la prueba, que el sentenciador valora cualitativamente con un gran arbitrio, como es propio del sistema de la sana crítica que impera en el derecho penal colombiano.

Lo anterior conduce a la improsperidad del cargo.

Un segundo reproche formulado al amparo de la causal primera por error de derecho, con fundamento en la presunta ilegalidad del dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios, no puede prosperar, pues, como antes se dijo, al analizar este mismo motivo presentado

también como causal de nulidad, la prueba es válida en todo su contexto y bien hizo el juzgador al considerarla para fijar el monto de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Por las anteriores razones, se desecha la demanda.

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 por el procesado José Antonio Valencia Arias, condenado por el delito de homicidio, de origen, fecha y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR

La ira con trascendencia penal es una pasión de tal magnitud, que gobierna el espíritu de quien sufre este comportamiento emocional reemplazando la cordura y los límites de la sensatez por el deseo de causar daño a quien con finalidad ofensiva ha perturbado su psiquismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8215.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 100.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado Félix Antonio Chipatecua Tópaga contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca -confirmatoria de la dictada en su contra por el Juzgado Único Superior de Facatativá- que lo halló responsable, a título de autor, de un delito de homicidio cometido en la persona de Parmenio Posada. En lo referente a las sanciones impuestas, el *ad quem* modificó la pena privativa de la libertad, rebajándola de once (11) años a diez (10) años y seis (6) meses de prisión, encontrando ajustadas a derecho la interdicción de derechos y funciones públicas por diez años y la condena al pago de perjuicios materiales y morales

Hechos

Los hechos sucedieron en Bojacá, municipio de Cundinamarca, en la noche del quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991). Según lo demostrado en el proceso, Félix Antonio Chipatecua Tópaga agredió a Parmenio Posada con un arma cortopunzante, provocándole varias heridas mortales. Luego de consumado el ilícito, Chipatecua besó el arma mientras le decía a su víctima si le había sentado bien "la inyeccionsita" (sic) que le propinó. A los tres días Chipatecua se presentó en el Juzgado Promiscuo de la localidad para denunciar el hecho alegando una presunta legítima defensa, producto de una agresión grave e injusta que sufriera a manos de Posada.

Actuación Procesal

De esta guisa las resume la Delegada:

"Iniciada la investigación, oído en indagatoria el procesado, quien acepta haber causado la muerte al señor Parmenio Posada pero justificando su comportamiento en aras de defender su vida, se le resolvió la situación jurídica decretándosele detención preventiva. En el curso de la instrucción se recepcionaron varias declaraciones, entre ellas las de Pedro Chiriví y Ana Liliana Posada Tópaga; se aportó el acta de levantamiento del cadáver; se allegó el protocolo de necropsia y se adjuntaron unas pruebas documentales. El sumario se calificó profiriéndose resolución de acusación contra Félix Antonio Chipatecua Tópaga por el delito de homicidio agravado.

"Adelantado el juicio, en donde se recepcionaron y ampliaron unas declaraciones, se llevó a cabo diligencia de inspección judicial, y una vez finalizada la audiencia pública sobrevinieron las precitadas sentencias de primera y segunda instancias".

La Demanda

En un único cargo se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial "...por error de hecho originado en la omisión de pruebas legalmente producidas en el proceso...", vulnerando indirectamente los artículos 5º y 60 del C. P., lo mismo que el Título IV, referente a la punibilidad. Y de manera directa el artículo 254 del C. de P. P.

A continuación advierte sobre la omisión de las versiones de Liliana Posada Tópaga y Pedro Chiriví, quienes explican la reacción iracunda de su representado originada por el comportamiento grave e injusto que realizaba el occiso sobre su sobrina, a la vez hija de Parmenio Posada, a quien éste amenazaba de muerte, extendiéndola a sus tíos, si no accedía a tener relaciones sexuales con él. El propio Chiriví relata que el interfecto estaba casado con su hermana, a quien abandonó para irse a convivir con su propia hija.

Conocedor de estas circunstancias, el procesado trató en varias ocasiones de hacerle caer en razón al progenitor de la muchacha, sin resultado alguno. Destaca también el actor el afecto paternal que unía a Chipatecua con la menor, pues la había ayudado a criar como hija en compañía de su abuela, sentimientos que se reflejaron el día de los hechos en los que, después de una discusión, se produjo el lance con los resultados conocidos.

Luego de aclarar la relación causal entre la reacción de su defendido y la conducta incestuosa en comento, recuerda que tal situación fue reconocida en el auto de proceder. Por ello, considerando que la atenuante se encuentra debidamente probada con las declaraciones ignoradas, solicita de la Sala se case parcialmente la sentencia impugnada, imponiéndole al encartado una sanción acorde con el reconocimiento de la preceptiva del artículo 60 del C. P.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Considera que la demanda exhibe yerros técnicos que denotan incertidumbre, contradicciones y falta de demostración. Pone de presente, al efecto, la cita inconexa de normas, al no concatenarse el artículo 5º con el 60 del C. P., toda vez que la culpabilidad

en nada confirma o desvirtúa el estado de ira alegado. De otra parte, calla sobre el sentido de la violación, esto es, omite decir si la infracción aludida obedeció a la exclusión evidente de la norma que debió aplicarse o a indebida aplicación de la que finalmente se tuvo en cuenta y la necesaria explicación sobre la trascendencia del error. Sin embargo, y aún entendiendo que el ataque se funda en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de las declaraciones de Ana Liliana Posada y Pedro Chirivi Wilches, sus explicaciones son "cortas e insulsas apreciaciones personales", pues no concreta cómo el sentenciador desconoció en favor del imputado la atemperante alegada por la omisión de aquellas versiones y la manera como éstas terminarían, imponiéndose sobre los demás medios de prueba. No obstante -advierte el colaborador- las declaraciones que se echan de menos si fueron analizadas en las instancias, sólo que se les otorgó un sentido y alcance diferentes de los que pretende endilgarles la actora, aparte de que el mismo procesado jamás las sacó a relucir en sus intervenciones procesales, alegando, en cambio, una legítima defensa como justificación de su conducta.

Por tales razones solicita de la Sala desechar el libelo presentado.

La Corte

1ª. Tanto el marco jurídico como conceptual del escrito de casación conspiran en grado sumo contra su éxito. La imprecisión normativa, la magra exposición de la causal; en fin, los escasos argumentos que presenta para defender sus tesis son, todos a una, carencias que a la par que causan la confusión consiguiente impiden conocer el verdadero alcance del yerro puesto de presente por la libelista.

2ª. Aunque el enunciado del ataque es correcto -error de hecho por falso juicio de existencia- no sucede lo propio con la invocación de las normas sustanciales y procesales presuntamente violadas con el fallo en cuestión. En su afán por cumplir con el requisito formal de especificarlas, cita los artículos 5º y 60 del C. P., sin que se vislumbre en qué medida puedan relacionarse para demostrar la falencia del Tribunal.

En lo que se refiere a la culpabilidad, tendría razón si, *ad exemplum* apoyara su pretensión en un estado de legítima defensa, pues al plantear esta causal objetiva excluyente de la antijuridicidad, la aplicación del artículo en comento sería a todas luces errada. Ahora bien: en relación con la preceptiva del artículo 60, el que el comportamiento endilgado a Chipatecua sea doloso o no, "...en nada confirma o desvirtúa el estado de ira que se alega como desconocido por el juzgador de segundo grado...", como acertadamente lo señala el Ministerio Público.

3ª. Aparte, pues, de que la demanda no establece si las disposiciones evocadas fueron mal aplicadas o no se les tuvo en cuenta, a la hora de exponer sus argumentos éstos se quedan cortos, no solamente en la exposición de lo que las versiones muestran sino también en los medios de prueba tenidos en cuenta por el fallador frente a los cuales la fortaleza de las declaraciones omitidas habría causado su indefectible desquiciamiento.

Unicamente hace una referencia fugaz a las palabras de los deponentes Posada Tópaga y Chirivi, resaltando de la primera los abusos sexuales del occiso y del segundo, el abandono que éste hiciera de su esposa para irse a convivir con su hija. Sin embargo, no explica de qué manera tales testimonios influyeron en el ánimo del procesado para

acabar con la vida de su pariente. Simplemente extrae unas conclusiones propias y subjetivas sobre la cercanía afectiva de Liliana Posada Tópaga con el acusado.

4ª. La ira de trascendencia penal -como tantas veces se ha dicho- es una pasión de tal magnitud, que gobierna el espíritu de quien sufre este comportamiento emocional reemplazando la cordura y los límites de la sensatez por el deseo de causar daño a quien con finalidad ofensiva ha perturbado su psiquismo. En el caso de la especie, de la situación incestuosa ya tenía conocimiento el encartado; de tiempo atrás y en varias ocasiones le había hecho al interfecto los reclamos pertinentes -en su calidad de tío de la menor- con resultados negativos. La situación, por tanto, no era nueva para Chipatecua. Ello indica a las claras que el asedio sexual de la Posada se había hecho corriente y sólo restaba esperar que el tiempo o la intervención de las autoridades solucionara el problema. El imputado, por tanto, había gozado de suficiente tiempo para decantar el conflicto sin que su ánimo sufriera una perturbación mayúscula, que permitiera pensar en la aplicación de la atenuante en concreto.

5ª. Pero la poquedad argumental no es la principal causa que determina el fracaso del reproche. Un repaso de la sentencia cuestionada niega fatalmente el alegado falso juicio de existencia por omisión, pues no es cierto que el Tribunal hubiera silenciado o pasado por alto los testimonios en referencia. Por el contrario, con argumentos ponderados y juiciosos, los analizó en toda su extensión bien que los consideró insuficientes para respaldar la aplicación del instituto. El *ad quem* reconoce la existencia de las desavenencias entre Chipatecua y Posada, con fundamento en las versiones de Ana Liliana Posada y Pedro Chirivi por las relaciones incestuosas que el occiso mantenía con su hija, forzándola a buscar la ayuda de su familia para escapar de los abusos sexuales a que era sometida. Fue por ello que Posada quiso dialogar con Chipatecua, quien conocía el problema con suficiencia y mucha antelación. Además, destaca el Tribunal, el proceso informa sobre las relaciones cordiales que mantenían, hecho que excluye de por sí el estado de alteración anímica predicado por la defensa.

Por lo demás -y como bien lo relieva la Delegada- el acusado jamás argumentó en sus distintas intervenciones procesales este irregular estado de ánimo. Simplemente quiso explicar su comportamiento resguardándose en un estado de legítima defensa, justificante que no tuvo eco ni respaldo en el recaudo probatorio y por eso, se descartó, en su momento, por el juzgador.

No prospera la demanda.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael E. Cortés Garnica. Secretario.

DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION / RESOLUCION DE ACUSACION / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

La denominación jurídica en la parte resolutiva debe darse *in genere*, bastando la cita del título y el capítulo al cual corresponde el delito. / Las agravantes genéricas no es necesario que se imputen en el calificatorio. / La sanción sin motivación alguna, referente a la suspensión de la patria potestad como si también fuera una consecuencia inherente a la pena de prisión, como lo es la interdicción de derechos y funciones públicas, es motivo por el cual se debe casar parcialmente la sentencia para corregir esa irregularidad, en ejercicio de la atribución conferida por los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal. En este caso la solución no será ajustando la medida a las formalidades de ley, sino revocando su imposición, cuando no existe en el proceso ninguna razón que justifique su aplicación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7694. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 101.

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993

Vistos

Resuelve la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jaime Fernando Solórzano Herrera contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior de Soacha, en la cual impuso al acusado recurrente y a Guillermo Morales pena de diez (10) años, seis (6) meses por el delito de homicidio.

1. Hechos y Actuación Procesal

En las primeras horas de la noche del 23 de septiembre de 1990, en inmediaciones del puente denominado La Lejía, vereda San Miguel, zona rural del municipio de Arbeláez,

se encontraron en el camino Norberto Táutiva García y su amigo Raúl Antonio Rodríguez Montaña con Jaime Fernando Solórzano Herrera, Guillermo Morales y Juan Bautista Rodríguez Barreto, quienes luego de una breve discusión agredieron al primero de los mencionados con armas contocontundentes, causándole heridas en el rostro, el cráneo y las extremidades superiores, a causa de las cuales murió.

Momentos después los agresores se presentaron al comando de la Policía a informar que habían sido víctimas de un atraco, motivo por el cual se vieron obligados a reaccionar dejando a una persona herida. Las autoridades, que ya estaban enteradas de lo ocurrido por la versión de Raúl Antonio Rodríguez, aprovecharon la oportunidad para capturarlos.

La investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de Arbeláez, despacho que oyó en injurada a los implicados y luego remitió el expediente al Juzgado Noventa y Ocho de Instrucción Criminal de Fusagasugá, en donde les fue resuelta la situación jurídica con auto de detención.

Perfeccionada en lo posible la instrucción y agotado el trámite previo, se produjo la calificación del mérito del sumario con resolución de acusación contra Jaime Fernando Solórzano Herrera y Guillermo Morales por el delito de homicidio, y reapertura de investigación respecto de Juan Bautista Rodríguez.

El trámite de la etapa del juicio correspondió inicialmente al Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, pero posteriormente fueron enviadas las diligencias por competencia al Juzgado Primero Superior de Soacha. Allí se realizó la audiencia pública y se dictó sentencia condenatoria contra los dos acusados, fijándoles la pena de prisión en diez (10) años, seis (6) meses; en igual término la de suspensión de la patria potestad, y la interdicción de derechos y funciones públicas en diez (10) años. Los perjuicios materiales y morales fueron tasados en un total de mil (1.000) gramos oro.

Contra la decisión de primera instancia interpuso el recurso de apelación el defensor de Solórzano Herrera, y el Tribunal al resolverlo confirmó la sentencia en todas sus partes.

II. La Demanda

Con apoyo en la causal tercera de casación, el libelista formula un único cargo aduciendo que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En la sustentación sostiene que hubo motivación anfibológica del pliego de cargos, en la medida en que se les imputa a los acriminados el homicidio del artículo 323 del Código Penal, agravado por el numeral 6° del artículo 324 y el numeral 3° del artículo 66 *ibidem*, creando confusión sobre si es agravado, como inicialmente se menciona, o simple con una circunstancia de agravación genérica.

Cita jurisprudencia de la Corte en relación con la claridad y precisión que debe tener la resolución de acusación, y agrega: "No es cierto que el abogado debe efectuar la defensa en cada una de las modalidades en que se puede bifurcar el homicidio, porque por eso se exige que en la motivación de la resolución acusatoria se den las modalidades, tiempo y lugar de los hechos para que en ese sentido la defensa ejerza el derecho de contradicción y formule las peticiones propias de la defensa. El procesado y el defensor

tienen que conocer, con certidumbre, el cargo formulado, cuáles son sus modalidades fácticas y jurídicas y especialmente la manera como se compromete su responsabilidad, sostener en el pliego de cargos que por una parte era homicidio agravado y a continuación se concluye que es homicidio y que tiene los agravantes no propios del homicidio agravado sino los de la agravación punitiva".

El impugnante asevera que en el caso que nos ocupa hubo un doble señalamiento de la misma conducta, que llevó a que se hiciera una calificación ambigua e imprecisa del delito imputado, la cual hizo difícil el ejercicio de la defensa y la aplicación del derecho en la sentencia.

La petición consiste en que se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso a partir del auto que calificó el mérito sumarial.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia. Y para llegar a esa conclusión, luego de explicar su criterio sobre la aplicación última de las nulidades como remedio frente a una situación irregular, y el perjuicio concreto o potencial que debe generar a las partes, anota: "En el caso presente, ...aunque el pliego de cargos no fue construido dentro de la más exigente técnica jurídica, no le asiste razón al libelista al predicar que los cargos son contradictorios o anfibológicos, lo que llevó a que se le cercenara el derecho a la defensa al acusado, pues del pliego se infiere claramente que el ilícito imputado era el tipificado en el artículo 324, numeral 6º, del Código Penal (homicidio agravado), no sólo de su señalamiento taxativo, sino de las mismas motivaciones de la resolución".

El instructor les imputó a los procesados la agravante de la sevicia, y a lo largo de las consideraciones resaltó su razón de ser, de manera que en nada dificultó la labor defensiva, y basta observar las tesis que ensayó el defensor durante la diligencia de audiencia pública, para ver que ellas inexorablemente implican la aceptación de los hechos y sus circunstancias tal como fueron plasmados en el pliego de cargos.

IV. Consideraciones de la Sala

1º. Como el cargo formulado consiste en una presunta nulidad por la motivación anfibológica de la resolución de acusación, la respuesta debe partir del análisis de esa providencia, para establecer si lo afirmado por el recurrente corresponde o no a la realidad procesal. En consecuencia, veamos:

Al precisar la acusación típica anotó textualmente el instructor: "Se investiga en este sumario el delito de homicidio que define y sanciona el art. 323 del C. Penal con pena de prisión, pero agravado por concurrir la circunstancia consagrada en el numeral 6º del art. 324 *ibidem*". A continuación se refiere a las graves y múltiples heridas recibidas, para concluir con la afirmación de que "...la tipicidad del hecho investigado se encuentra demostrada más allá de toda duda razonable".

Más adelante dice que se da la agravante consagrada en el numeral 3º del artículo 66 del Código Penal, en razón a que las armas utilizadas dificultaron la defensa del

ofendido, demostrándose insensibilidad moral de los implicados. En la parte resolutiva precisa que el enjuiciamiento es por el delito de homicidio cometido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ahí establecidas.

Como el pliego de cargos no fue impugnado, quedó en firme y con base en él se adelantó la etapa de la causa.

Hasta aquí es perfectamente claro que la acusación se dictó por el delito de homicidio, acompañado de una circunstancia de agravación específica -numeral 6ª del art. 324 del C. P.- y una genérica -numeral 3ª del art. 66 *ibídem*-. Ahora, que la sustentación dada a cada una de las agravantes sea equivocada, o que se tenga la idea de que las dos no pueden aplicarse simultáneamente, son aspectos que corresponden al debate, pero en modo alguno puede aceptarse que ellas originen una confusión que no permita saber de que debía defenderse el acriminado.

Si de lo que se trata es de que en la parte motiva se dedujo la causal de agravación del numeral 6ª del artículo 324 del Código Penal, y en la resolutiva simplemente se dijo que el enjuiciamiento era por homicidio sin especificar más detalles, emerge con toda claridad que el problema es que el recurrente desconoce que la denominación jurídica en la mencionada parte resolutiva debe darse *in genere*, bastando la cita del título y el capítulo al cual corresponde el delito, tal como lo hizo el funcionario calificador atendiendo al numeral 3º del art. 471 del estatuto procesal entonces vigente (numeral 3º del artículo 442 que ahora rige). Por esta razón, correctamente advirtió que se trataba del punible de homicidio, "en las circunstancias de modo, tiempo y lugar aquí establecidas", esto es, con las agravantes inferidas, sobre las cuales, valga la oportunidad recordar, las genéricas no es necesario que se impulen en el calificatorio.

Así las cosas, forzoso es concluir que el cargo presentado carece de respaldo procesal, respuesta ésta en todo coincidente con lo dicho en la sentencia por el juez de primera instancia para absolver la misma inquietud del defensor, y con lo que también le contestó el Tribunal en el fallo de segundo grado, argumentos que por su claridad y por lo elemental del tema han debido ser suficientes para que el censor entendiera que no tenía sentido seguir insistiendo en ese mismo punto.

2ª. Otra falla de la demanda que amerita resaltarse es que el libelista cree que es suficiente limitarse a afirmar que hubo violación de las formas propias del juicio y del derecho a la defensa, sin hacer demostración alguna, como si bastara que uno de los sujetos procesales confesara que no entendió los cargos para que fuera procedente decretar la nulidad.

De la exposición hecha por el defensor en la audiencia pública se infiere todo lo contrario de lo que sostiene, pues no hay ninguna duda de que para él es claro que a su cliente le imputaron en el llamamiento a juicio el delito de homicidio con la agravante de la sevicia, y la circunstancia genérica del numeral 3º del artículo 66 del estatuto punitivo. Tanto es así, que lo que allí manifiesta es su inconformidad con las razones que da el instructor para sustentar la existencia del exceso de crueldad, la cual es atendida en el fallo desechando esa agravante.

El llamamiento a juicio no es ambivalógico, ni contradictorio, ni hubo doble señalamiento de la misma conducta, ni con él se desconoció ninguna de las garantías del acusado, por lo tanto el reproche debe desestimarse.

3º. Al margen de lo anterior, y de manera oficiosa, la Sala estima necesario hacer un pronunciamiento especial sobre las penas accesorias, consistente en lo siguiente:

No obstante que en la dosificación punitiva el Juez dice que la interdicción de derechos y funciones públicas será por el mismo tiempo de la pena principal; es decir, diez (10) años, seis (6) meses, en el numeral segundo de la parte resolutiva se fija en diez (10) años, lo cual es lo correcto atendiendo al artículo 44 del Código Penal, término al cual debe entenderse que se refiere la confirmación del fallo impartida por el Tribunal.

Pero en lo referente a la suspensión de la patria potestad, es evidente que se impone la sanción sin motivación alguna, como si también fuera una consecuencia inherente a la pena de prisión, como lo es la interdicción de derechos y funciones públicas, motivo por el cual se debe casar parcialmente la sentencia para corregir esa irregularidad, en ejercicio de la atribución conferida por los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

En este caso la solución no será ajustando la medida a las formalidades de ley, sino revocando su imposición, pues no hay en el proceso ninguna razón que justifique la aplicación de esa pena accesoria, ya que no se ve de qué manera puede incidir el hecho cometido en el desempeño de la patria potestad, y mucho menos cuando ni siquiera se tiene certeza sobre su existencia, al punto de que se advierte que es aplicable "si la tuviere".

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. *Revocar* la pena accesoria de suspensión de la patria potestad.

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

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión no es una vía para reabrir el debate procesal sobre los mismos hechos y circunstancias que fueron materia de controversia en el proceso. El que tenga la capacidad de desquiciar la cosa juzgada y reabrir el debate indica su carácter especialísimo. Por ello el legislador le imprimió su derrotero a través de unas causales taxativamente señaladas en la normatividad, única manera de que haya lugar a su prosperidad. Una de estas causales se basa en las pruebas inéditas. Sin embargo, no basta su carácter novísimo sino que deben poseer *per se* la capacidad de desvirtuar las probanzas de cargo, esto es, las que sirvieron de fundamento para proferir sentencia condenatoria. Si únicamente buscan enfrentarlas, pues se limitan a defender las tesis de la defensa, la acción de revisión queda reducida a un alegato de instancia que merece el consiguiente rechazo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 7099.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 101.

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de revisión interpuesta por la apoderada de los condenados Carlos Julio Gutiérrez Tolosa, José Arsenio Gutiérrez Tolosa y Fredy Cárdenas Castiblanco contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Orden Público, corporación que condenara al primero a la pena principal de nueve (9) años de prisión como coautor penalmente responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias de uso privativo de las Fuerzas Militares y hurto calificado; al segundo a la pena principal de siete (7) años de prisión, como coautor responsable de los punibles de concierto para delinquir agravado y utilización ilegal de uniforme e insignias de uso privativo de las Fuerzas Militares, y al último, a la pena principal de ocho años de prisión como coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir, secuestro simple y utilización ilegal de uniformes e

insignias de uso privativo de las Fuerzas Militares, condenando así mismo a todas a las accesorias de rigor.

La Demanda

Con fundamento en la causal tercera, se invoca la acción de revisión. Luego de reseñar los antecedentes procesales que sirvieron de apoyo a la sentencia que declaró responsables del hecho punible investigado a los condenados, advierte que, uno de ellos, Ricardo Antonio Cárdenas Castiblanco, manifestó en forma libre y espontánea en escrito "...producido en el Consultorio Jurídico de la Penitenciaría Central..." que los hermanos Carlos Julio y José Arsenio Gutiérrez Tolosa, "...son ajenos a todas y cada una de las actividades delictivas por las cuales fueron condenados". Del mismo asegura que su hermano Fredy "...también es ajeno a toda suerte de sindicaciones y condenas derivadas de aquéllas en la medida en que no era conocedor de las actividades a las cuales se dedicaba él desde hacía algunos meses".

Por tratarse de una "prueba nueva" solicita el pronunciamiento de una sentencia absolutoria de los delitos por los cuales se declaró responsables a los antes citados, advirtiendo que se trata de un documento privado auténtico que por tal ha de tenerse en cuenta de acuerdo con la sistemática procedimental (arts. 279, 280, 285, 12 y 36 del C. de P.P.).

Sinopsis Probatoria

1. Se escucharon los testimonios solicitados por la accionante. En primer término acudió Iván Zuluaga Arcila. Aunque reconoce que Carlos Julio Gutiérrez trabajó unos cuatro o cinco meses en un club de billares de su propiedad, se muestra incapaz de precisar si el diecisiete (17) de abril y el diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) se encontraba laborando para él. Luego brinda su versión Saúl Gómez Sánchez. En un comienzo se muestra incapaz de precisar las fechas en que estuvo trabajando Carlos Julio Gutiérrez Tolosa, aunque refiere que hace un año "largo", "...como a principios del año por ahí como hasta junio o julio del año pasado...". No obstante, al finalizar la diligencia asegura enfáticamente que para las fechas referidas anteriormente (abril 17, mayo 10) le consta que estuvieron trabajando juntos.

2. Los hermanos Cárdenas Castiblanco también aportan sus versiones a estas diligencias. El primero en hacerlo es Fredy, quien asegura haber sido "...engañado por un compañero, el cual se llama Fernando González Sánchez, quien me dijo que él me daba una plata y que lo sacara limpio a él y que hundiera a otras personas, entonces yo empecé a hundir a unos muchachos Tolosas...", asegurando que eran los autores de un "atraco" realizado a "Casa de Tabla" de Puerto López. Luego acude Ricardo Antonio, quien reconoce como suyo el documento aportado por la revisionista y asegura conocer a Carlos Julio Gutiérrez por habérselo presentado en Villavicencio "...y más nunca me lo volví a encontrar hasta en la cárcel, en compañía del otro hermano".

3. También acudieron a estas diligencias dos declarantes. El primero, Jorge Enrique Gutiérrez Osorio, quien manifestó conocer a José Arsenio Gutiérrez por las relaciones de vecindad que lo unían con él, aunque recuerda que por la época en que sucedieron los

hechos José Arsenio "remesiaba" en su tienda, no tiene presente si por aquellos días se hubiese hecho presente en su establecimiento. La segunda deponente fue la madre de los Gutiérrez Tolosa. Asegura que por aquel tiempo sus hijos se encontraban en la finca de Puerto Arturo y que el único que puede confirmar sus palabras es Jorge Gutiérrez.

La Alegación

Considera que la decisión condenatoria en contra de Carlos Gutiérrez se fundó en la versión de Fredy Cárdenas y en los reconocimientos en fila de personas realizados por Ligia de Santos y Diana Afanador. La responsabilidad de José Gutiérrez se basó en la injurada de Fredy, al tiempo que la de éste en sus "confesiones", en la situación de flagrancia, en la denuncia del secuestrado y en el informe de las autoridades. Por ello presenta como "prueba nueva" el documento escrito -oportunamente ratificado y, por ende, auténtico- en el que libremente Ricardo Cárdenas manifiesta que los hermanos Gutiérrez y Fredy son ajenos a las actividades delictivas investigadas en este proceso. Además le otorga el poder suficiente ".. para constatar la evidencia acerca de la inocencia de los implicados...".

A continuación destaca respecto del documento en mención el cumplimiento del principio de contradicción de la prueba al tener el fiscal comisionado amplia oportunidad de interrogar a Ricardo con el propósito de verificar la veracidad de su dicho. Luego de transcribir apartes de su deposición destaca que en ninguno de los escenarios donde sucedieron los hechos actuaron los Gutiérrez Tolosa, mientras que Fredy se limitó a acompañarlo en sus actividades sin saber cuáles eran sus verdaderas intenciones frente al taxista y las razones que lo llevaron a viajar al llano.

Respecto a Carlos Gutiérrez destaca que se hallaba trabajando cuando sucedieron los hechos delictivos y que todo se debió a una patraña de Fredy, quien lo reconoce en la declaración que rinde en este proceso. También se encuentran los testimonios de Saúl Gómez e Iván Zuluaga, quienes "sostienen la presencia de Carlos Julio en su puesto de trabajo para la época de los hechos...".

A continuación habla sobre José Gutiérrez, quien se encontraba en el llano cuando aconteció el suceso punible. Fidelina Tolosa y Jorge Gutiérrez dan cuenta de ello al ubicarlo en Puerto Rico, cerca de Puerto Arturo. Y, finalmente, Fredy Cárdenas también es ajeno a los hechos que se le atribuyen, pues "no era conocedor de las actividades delictivas de su hermano Ricardo".

En otro aparte asegura que los restantes elementos de juicio tenidos en cuenta por el sentenciador para proferir el fallo condenatorio se desvanecen ante el dicho de Ricardo Antonio. En lo que se refiere al reconocimiento en fila de personas, pone de presente que Ligia Afanador apenas concuerda con los términos que obran en el proceso en su descripción respecto a la baja estatura de Carlos Julio. En cuanto a la versión del taxista destaca que la captura de Fredy se produjo sin que opusiera resistencia, coincidiendo con la de éste, quien señala la forma pacífica en que abordaron el automotor de servicio público hasta Puerto López, donde recogieron al menor Fernando. Además, recuerda la tardía captura de Ricardo, quien sólo hasta 1991 cayó en manos de las autoridades, originándose este nuevo debate merced al documento que hoy es materia de discusión.

Por consiguiente, dado que se encuentran cumplidas las exigencias del artículo 231 del Decreto 050 de 1987, considera que se impone la revisión del proceso y, por ende, la consiguiente libertad de los condenados.

La Corte

1. La Sala lo ha reiterado en variadas oportunidades. La doctrina también se ha pronunciado en el mismo sentido. La acción de revisión no es una vía para reabrir el debate procesal sobre los mismos hechos y circunstancias que fueron materia de controversia en el proceso. El que tenga la capacidad de desquiciar la cosa juzgada y reabrir el debate indica su carácter especialísimo. Por ello, el legislador le imprimió su derrotero al través de unas causales taxativamente señaladas en la normatividad, única manera de que haya lugar a su prosperidad. Una de estas causales se basa en las pruebas inéditas. Sin embargo, no basta su carácter novísimo sino que deben poseer, *per se*, la capacidad de desvirtuar las probanzas de cargo, esto es, las que sirvieron de fundamento para proferir la sentencia condenatoria. Si únicamente buscan enfrentarlas, pues se limitan a defender las tesis de la defensa, la acción de revisión queda reducida a un simple alegato de instancia, que merece el consiguiente rechazo.

2. Este es el caso de la especie. Según la revisionista, en su indagación particular y posterior sobre los hechos investigados encontró una realidad diferente de la que se mostró en el proceso y que, obviamente, favorecía a sus patrocinados. Ello motivó para que acudiera a la Corte en busca de remediar el entuerto al través de la acción de revisión. Esgrimió para ello variada prueba testimonial. Las deposiciones aportadas por los hermanos Cárdenas Castiblanco y por vecinos de los lugares donde supuestamente se encontraban sus defendidos en el momento de cometerse el ilícito, así como la rendida por la madre de José Arsenio, le sirvieron de fundamento para su pretensión.

3. Antes de entrar en detalle -en orden a examinar dichas versiones- la Sala quiere poner de relieve que en contra de los condenados obró en su momento prueba testimonial, de carácter plural y grave, que demostró con la certeza requerida por la ley que los coprocesados eran los responsables de los cargos que se les endilgaran en el expediente. Más aún, respecto de uno de ellos -háblase de Carlos Julio Gutiérrez Tolosa- hubo un reconocimiento pleno por parte de uno de los sujetos pasivos del delito (Elgia de Santos), en la respectiva diligencia.

4. Ahora bien, una de las versiones que se trajo a estas diligencias fue la del también condenado Ricardo Antonio Cárdenas Castiblanco. De acuerdo con el rol que le asignó la revisionista, sus palabras eran de capital importancia, pues su condición de protagonista de los hechos delictuosos lo hacía merecedor de la mayor atención. Sin embargo, la confrontación de su nueva exégesis sobre los acontecimientos con la realidad probatoria que se discutió en las instancias no resiste el mayor análisis.

Su afirmación es rotunda. Tanto su hermano Fredy como los Gutiérrez Tolosa no tienen nada que ver con los punibles por los que fueron condenados. El único culpable es él. Respecto a Carlos Julio Gutiérrez adveró que se lo presentaron alguna vez en Villavicencio y que sólo lo volvió a ver en el sitio donde se encuentra recluido. Cualquier asomo de credibilidad que pudiera haber tenido hasta este momento su versión queda

reducida a la nada al examinar el proceso. Dos de las víctimas de la banda de facinerosos, integrada en lo fundamental por estos cuatro individuos, reconocieron a Carlos Julio como uno de los integrantes de la cuadrilla que asaltó su casa. La contundencia de esta prueba no deja el menor asomo de duda y presto revela las intenciones que tiene el declarante de engañar a la administración de justicia. Las demás explicaciones que brinda (la manera voluntaria como decidió contar la verdad de los hechos, el engaño de que fue objeto su hermano Fredy, quien no sabía que estaba cometiendo un ilícito, o el haber conocido a José Arsenio tan sólo en la cárcel) no merecen ninguna credibilidad.

5. La declaración de Fredy Cárdenas Castiblanco tampoco es consistente. Repite las palabras de su consanguíneo sobre el engaño que sufrió por parte de él, en lo que se refiere al porte de las armas de fuego, brindando con ésta tres versiones de los acontecimientos. Recuérdese que en su primera intervención procesal culpó a sus tres compañeros de las conductas que se les endilgan, reconociendo alguna participación en ellos, aunque de menor grado, mientras que en la segunda se coloca como una persona por completo ajena a los sucesos delictuosos aseverando que fue a instancias de Fernando González que decidió culpar a los Gutiérrez Tolosa. Como bien puede verse, esta declaración también pierde seriedad al comparársela con el acervo probatorio y, en especial, con el reconocimiento que se hace de Carlos Julio, al que se hizo referencia con anterioridad.

6. No sorprende que el siguiente testigo, Iván Zuluaga, citado por la revisionista como el patrón de Carlos Julio y quien puede certificar que en el día que se cometieron los hechos delictuosos se encontraba trabajando a su servicio, no haga tal cosa. Simplemente se limita a decir que este individuo sí laboró para él, pero no puede asegurar que en las fechas por las que se le pregunta hubiese estado presente en su negocio. Su espontaneidad y su imprecisión en los datos aportados ante el tiempo transcurrido hacen creer en sus palabras, pues no se nota en ellas un énfasis sospechoso, como sucede con los anteriores declarantes.

7. No sucede lo propio con Saúl Gómez Sánchez, compañero de trabajo de Carlos Julio -y para quien se ordenará la investigación penal de rigor-, pues desde un comienzo se nota su marcado interés por favorecer a su camarada al relatar hechos de manera distinta de la propia realidad procesal sin importarle nada pasar por encima de la verdad misma. Pese a que han pasado casi cuatro años, recuerda con precisión que el diecisiete (17) de abril y el diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), Carlos Julio estuvo en su compañía. Su mendacidad es evidente no sólo por la "excelente" y por supuesto sospechosa memoria que lo acompaña para recordar con tanta fidelidad una fecha sin tener ningún motivo especial para ello; también a sus palabras se contrapone el reconocimiento que de este sujeto hiciera una de sus víctimas. Huelgan mayores comentarios.

8. Ahora bien, en lo tocante a la ninguna participación de José Arsenio Gutiérrez Tolosa en el suceso prohibido, los declarantes que fueron llamados para respaldar esta aseveración tampoco tuvieron la fortuna que esperaba la abogada. El primero, Jorge Enrique Gutiérrez Osorio, aunque asegura que esté condenado frecuentaba su negocio, no "tiene presente" si lo vio en aquellas fechas por las que se le pregunta. En cuanto a la madre de José Arsenio, advierte que sus hijos se encontraban con ella en aquel tiempo,

pero cita como único testigo a Jorge Enrique Gutiérrez, quien, como ya se advirtió, se muestra incapaz de brindar alguna precisión sobre el asunto.

9. La inconsistencia del material probatorio exhibido por la accionante es ostensible. Carencia de credibilidad, mendacidad manifiesta, imprecisión o ambigüedad son las características de los diferentes testimonios. Con su presentación, por consiguiente, no se dio ninguna prueba o hechos nuevos. La desestimación del libelo presentado es la respuesta.

10. Como quiera que las versiones rendidas en estas diligencias por Fredy y Ricardo Antonio Cárdenas Castiblanco se hicieron bajo la gravedad del juramento y existiendo graves razones sobre su ostensible deseo de engañar a la administración de justicia, se dispone compulsar copias de lo pertinente a fin de que se realice la investigación penal de rigor.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* la improsperidad de la acción de revisión impetrada por la representante judicial de Carlos Julio y José Arsenio Gutiérrez Tolosa y de Fredy Cárdenas Castiblanco, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. *Compulsar* las copias reseñadas en la parte motiva de este proveimiento.

Notifíquese y cúmplase.

En firme, archívese el expediente.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONFESION / REBAJA DE PENA

El hecho de que el artículo 299 del C. de P. P. no contemple como exigencia fundamental el que la confesión sea el sustento del fallo no quiere decir que lo haya obviado. Es claro que la actitud benigna del Estado sobre el particular se basa en la ayuda primordial que el imputado le ha brindado a la administración de justicia al admitir su responsabilidad, hecho que demuestra, además, su franco arrepentimiento. Y es apenas llano entender que un comportamiento de este jaez para acceder a la rebaja punitiva debe ser de tal magnitud, que sobre él repose, en gran medida, el fallo condenatorio. De lo contrario, si su reconocimiento de los hechos comporta apenas una ayuda cortical, y el Estado cuenta con otros medios probatorios contundentes para demostrar la responsabilidad del confeso, pierde su razón de ser la diminuente. De ahí que en supuestos como el de la flagrancia quede prohibida. Por tanto, en todas las hipótesis en que se pretenda tener derecho a la aminorante, la confesión ha de constituir la columna vertebral de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8104.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 161.

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado José Dolores Buitrago contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Trece (13) Superior de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio, sancionándolo a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal impuesta.

Hechos

El Tribunal hace el compendio correspondiente. La Corte recuerda sus palabras:

"Los hechos, génesis de la presente investigación, tuvieron ocurrencia en la noche del cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en la carrera 66 No. 60-27 sur de esta ciudad, barrio Milenta, cuando falleció a consecuencia de disparo con arma de fuego el ciudadano que en vida respondió al nombre de Javier Fernando Esguerra Umaña, de cuyo comportamiento se acusó al señor José Dolores Buitrago, dueño de la tienda frente a la cual se realizó el levantamiento del cadáver".

Sinopsis Procesal

La síntesis la realiza con propiedad la Delegada, en los siguientes términos:

"Una vez ocurridos los hechos y realizada la diligencia de levantamiento del cadáver, se dio inicio a la respectiva investigación penal dentro de la cual se vinculó mediante indagatoria al señor José Dolores Buitrago a quien se le dictó con fecha noviembre trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro medida de aseguramiento de detención preventiva. Por providencia de noviembre veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se aceptó la demanda de parte civil y se tiene a Carlota Urueña de Esguerra como parte civil dentro del proceso penal. Cerrada la investigación penal entraron las diligencias al Despacho del Señor Juez para calificar el sumario, por providencia de febrero veinte (20) de mil novecientos ochenta y seis (1986), se decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación por el fin de vincular al proceso penal a los señores Saúl Adolfo Ruge Salamanca, José Domingo Trujillo Corrales, José Gabriel Zárate Lazo y Héctor William Ruiz Berrarez. Una vez realizado el proceso de vinculación de las personas antes mencionadas y perfeccionada la investigación en lo posible se decretó el cierre de la misma por providencia de junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991). El proceso fue calificado el dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991) profiriendo resolución de acusación en contra de José Dolores Buitrago, por el delito de homicidio.

"Dentro del período de la causa el Juzgado Trece Superior de Santafé de Bogotá por providencia de marzo doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992) denegó la revocatoria del auto de detención que obra en contra del procesado. Realizada la audiencia pública se dictó sentencia de primera instancia en la que se condenó al señor José Dolores Buitrago a una pena de diez (10) años de prisión al encontrarlo responsable del delito de homicidio. Apelada esta decisión el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., confirmó la decisión de primera instancia. Ante esto se acudió en casación a la Corte Suprema de Justicia".

La Demanda

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación, el recurrente propone los siguientes reproches:

Primero

Pone de presente el quebrantamiento del derecho de defensa y de la "legitimidad del juicio" realizado por el juez treinta y dos (32) *ad honorem* de Santafé de Bogotá, al calificar el mérito del sumario. Cita al efecto el artículo 80 del estatuto punitivo y la sentencia que condenó a su representado a purgar la pena principal de diez (10) años de

prisión, lapso que constituye "...el máximo de la pena fijada en la ley y por lo tanto el término de prescripción de la acción. ".

A continuación se refiere a la confesión efectuada por su patrocinado en el proceso, con la que se hizo merecedor a la rebaja de pena consagrada en el artículo 299 del compendio procedimental vigente. No obstante, el *a quo* la niega por no haber sido fundamento de la sentencia, afirmación que rechaza basado en las palabras del Tribunal "...al fundar su sentencia confirmatoria, negando el reconocimiento de la legítima defensa alegada y haciendo alusión o sustentando su decisión en la confesión del condenado...".

Por consiguiente, teniéndose en cuenta que las dos terceras partes de diez (10) años corresponden a seis (6) años y ocho (8) meses de prisión, "...ella correspondería al máximo de la pena fijada en la ley y por lo tanto constituye el término de la prescripción de la acción". En consecuencia, "...al momento de la ejecutoria de la resolución de acusación, habían transcurrido 7 años, 1 mes y 22 días...", por lo cual "...la acción penal se encontraba prescrita...". Solicita, entonces, se case la sentencia impugnada, declarando la nulidad procesal a partir de la resolución acusatoria inclusive y se decrete la prescripción de la acción dando aplicación al artículo 36 del C. de P. P.

Segundo

Lo formula en subsidio del anterior, como violación directa, por exclusión evidente de los artículos 6º del C. P. y 10 del C. de P. P., así como por inaplicabilidad del artículo 299 del C. de P. P. Luego de recordar pronunciamientos de la Sala sobre el carácter sustancial que le asiste al principio de favorabilidad, advierte que la nueva sistemática procedimental dejó de exigir como requisito para la aplicación de la diminuente que la confesión fuera el fundamento de la sentencia. Como quiera que al proferirse el fallo de segunda instancia, la norma ya se encontraba en vigencia es plenamente aplicable al presente asunto amén de que también lo es, en virtud del principio de favorabilidad ya referido.

Concepto del Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal

Respecto de la causal tercera, evidencia el Colaborador del Ministerio Público la entremezcla que hace el censor de la prescripción de la acción penal y de la pena, confundiendo la sanción concreta realmente impuesta con la fijada por la ley en el artículo 323 del C. P. "Este es el término de prescripción de la acción penal como es evidente de lo dicho, y que no había transcurrido cuando se dictó la resolución de acusación, por lo que el alegato del recurrente resulta sin piso ninguno".

En lo atinente a la causal primera, la Delegada considera que el reo se encontraba en situación de flagrancia toda vez que existen varios testigos (Gustavo Adolfo Perdomo Tejada, Saúl Adolfo Ruge Salamanca, Gabriel Zárate y William Ruiz) que presenciaron la consumación del hecho punible. No podía, por tanto, beneficiarse de la rebaja de pena por confesión, merced a expresa prohibición de la ley.

Dados los anteriores razonamientos, solicita de la Colegiatura la desestimación del libelo

La Corte

Primer cargo

Dos son los principios tutelares que, al decir del casacionista, vulneró el fallo acusado: la legitimidad del juicio y el derecho de defensa. Se espera, pues, que los renglones que nutren el desarrollo del reproche contengan los suficientes argumentos tendentes a demostrar el aserto. Sin embargo, temprano, cuando apenas se adentra en el tema, se observa la confusión del casacionista sobre materias fundamentales del derecho penal y más específicamente acerca de conceptos propios de la punibilidad.

Obsérvese.

Como sustento jurídico del reproche cita los artículos 80 y 84 del estatuto punitivo, que versan sobre la prescripción de la acción penal y su interrupción por el auto de proceder o su equivalente. Sin embargo, cuando se espera que acometa el examen propio de la acción penal, sorpresivamente se desvía hacia el tema de la pena, pretendiendo la aplicación de dichas normas a la sanción que se le impusiera en las instancias, pues, según sus palabras, "...esos 10 años constituyen el máximo de la pena fijado en la ley y por lo tanto el término de prescripción de la acción para el caso *sub examine*...".

Es notoria la confusión del casacionista, resultando, en primer término, de la incomprensión que tiene acerca de los procesos de individualización judicial y legal de la pena. Recuérdese que éste aparece constituido por los límites -máximo y mínimo- que la ley fija abstractamente para una determinada conducta punible sujeta a la represión estatal. Aquél, en cambio, trata sobre la sanción concreta finalmente impuesta por el fallador, luego de consultar su propio criterio discrecional y los lineamientos establecidos por el legislador (artículo 61 del C. P.). En segundo lugar, el desentendimiento que muestra acerca de los conceptos aludidos también contribuye a sembrar el yerro argumental en su escrito, pues, como se sabe, la acción penal versa sobre la potestad estatal o poder penal del Estado para perseguir determinados comportamientos que atentan contra cualquiera de los bienes jurídicamente tutelados, mientras que la pena representa la sanción del hecho culpable que se impone específicamente al autor, declarado responsable de una infracción punible.

Por ello, cuando el artículo 80 habla del término de prescripción de la acción penal, es obvio que se refiere al tiempo extremo que tiene el Estado para perseguir una conducta prohibida, entendiéndose por tal el máximo que fija la respectiva disposición penal, que en ningún caso será inferior a cinco años (5) ni excederá de veinte (20), incluyendo las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En el presente asunto, tratándose de un delito de homicidio, el tipo respectivo (artículo 323 del C. P.) señala una pena máxima de quince (15) años de prisión, lapso que debe contarse a partir del acaecimiento del injusto. Entonces, si se tiene en cuenta que la comisión del delito de que se trata ocurrió el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), sólo hasta el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) prescribiría la acción penal, según el tiempo abstracto máximo contemplado en el modelo penal quebrantado por el autor de la conducta. Ahora bien: en el acto *sub examen*, el término prescriptivo de la acción fue interrumpido por la resolución de acusación proferida en diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), esto es,

cuando apenas habían transcurrido seis (6) años aproximadamente desde la comisión del hecho. Por tanto, al dictarse el vocatorio a juicio, el Estado conservaba plenamente su derecho a perseguir la conducta punible descrita.

Basten estos someros comentarios para predicar el fracaso del ataque.

Segundo cargo

Tampoco es afortunado el libelista en esta última censura. Según su parecer y dado que la normatividad vigente dejó de considerar como requisito de la confesión el que fuera fundamento de la sentencia, ella debe regir este proceso en virtud del principio de favorabilidad. No haberlo hecho constituye una violación directa, por exclusión evidente, de los artículos 6° y 10 del C. P., así como del 299 del C. de P. P.

Sea lo primero advertir -como lo ha hecho la Sala en oportunidades anteriores- que el hecho de que el artículo últimamente señalado no contemple como exigencia fundamental el que la confesión sea el sustento del fallo no quiere decir que lo haya obviado. Es claro que la actitud benigna del Estado sobre el particular se basa en la ayuda primordial que el imputado le ha brindado a la administración de justicia al admitir su responsabilidad, hecho que demuestra, además, su franco arrepentimiento. Y es apenas llano entender que un comportamiento de este jaez para acceder a la rebaja punitiva debe ser de tal magnitud, que sobre él repose, en gran medida, el fallo condenatorio. De lo contrario, si su reconocimiento de los hechos comporta apenas una ayuda cortical, y el Estado cuenta con otros medios probatorios contundentes para demostrar la responsabilidad del confeso, pierde su razón de ser la diminuente. De ahí que en supuestos como el de la flagrancia, su aplicación quede prohibida. Por tanto -se repite-, en todas las hipótesis en que se pretenda tener derecho a la aminorante, la confesión ha de constituir la columna vertebral de la sentencia.

Pues bien: en el caso que ocupa la atención de la Corte, aparte de que la citada confesión no se constituyó en la piedra angular del pronunciamiento condenatorio -lo que de por sí descartaría la aplicación de la atenuante- también es menester señalar que tampoco el imputado tenía derecho a ella por considerarse su situación como de flagrancia, ya que el homicidio fue cometido en presencia de un número importante de testigos (Gustavo Adolfo Perdomo Tejada, Saúl Adolfo Ruge Salamanca, Gabriel Zárate y William Ruiz), quienes acudieron al proceso a brindar las luces correspondientes sobre los hechos y sus circunstancias, constituyéndose tales deposiciones en la guía primordial que sirvió a los sentenciadores para deducir la responsabilidad jurídico-penal del acusado.

Así las cosas, hizo bien el *ad quem* al considerar como inaplicable la rebaja punitiva en comento. La improsperidad del cargo es evidente.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA / PARTE

Es una realidad legislativa que el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal confiere a las partes procesales el derecho a intervenir en la diligencia de audiencia pública por una única ocasión, repitiendo de esta manera similar disposición prevista en el artículo del Código Penal de 1987. / El proceso, como siempre se ha sostenido, es fundamentalmente dialéctico, porque en su desarrollo siempre se hallan posiciones encontradas que imponen a las partes un ejercicio intelectual de argumentos y contraargumentos y ejercer con la mayor amplitud los derechos de contradicción y de interposición de recursos, bien para oponerse a las argumentaciones de las otras partes o para contraprobar lo que éstas hayan probado o para manifestar la discrepancia con las decisiones judiciales. / La Sala entiende que el derecho a la interpelación surge claro de las preceptivas constitucional y legal que consagran el derecho a un debido proceso, en igualdad de circunstancias para todas las partes, institucionalizado como un proceso público, de partes, contradictorio, que tiene como finalidad fundamental hacer realidad el derecho penal material. Con ello se quiere afirmar que su objetivo es la obtención de la justicia real, en el sentido de que en la medida de lo posible la decisión del juez debe coincidir con la realidad de los hechos tal como éstos acontecieron.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal.

Radicación número 8185. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 100 (octubre 2/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993.

Vistos

El 5 de agosto de 1992 el Juzgado Penal del Circuito de Pacho condenó a Víctor Manuel Pulido a la pena principal de catorce años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en perjuicio de Rodrigo Real Arévalo.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 28 de septiembre de 1992 del Tribunal Superior de Cundinamarca.

El recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto, fue concedido; y la respectiva demanda se declaró ajustada a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal, quien solicitó casar parcialmente el fallo impugnado en lo que hace relación a la duración de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

En horas de la noche del 28 de febrero de 1987, en la vereda El Hatillo, jurisdicción del municipio El Peñón, varias personas ingerían bebidas embriagantes en el establecimiento de propiedad del señor Edilberto González, entre ellas los protagonistas de los hechos.

Sin que hubiera mediado controversia alguna, Víctor Manuel Pulido le pasó su arma por la cara a Rodrigo Real Arévalo, y cuando éste le respondió de la misma manera, Pulido le disparó ocasionándole la muerte de manera instantánea.

Actuación Procesal

Con auto del dos de marzo de 1987 se abrió el proceso penal.

El nueve de octubre de 1987 se indagó a Víctor Manuel Pulido, y el 26 del mismo mes y año se decretó su detención preventiva.

Con fecha del 23 de julio de 1991 se dictó resolución de acusación contra el implicado por el delito de homicidio agravado.

Por auto del 27 de enero de 1992 se admitió la constitución de parte civil.

El 23 de junio de 1992 se inició la diligencia de audiencia pública, que continuó el 27 de julio siguiente; habiéndose proferido la sentencia de primera instancia el 5 de agosto y la de segunda el 28 de septiembre, todo en el mismo año.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal tercera plantea el impugnante una presunta causal de nulidad de carácter supralegal por haberse vulnerado en el desarrollo del proceso la plenitud de las formas propias del proceso.

El actor hace consistir la nulidad en el hecho de que al haberse suspendido la audiencia pública cuando aún no había hecho uso de la palabra ni el procesado, ni el defensor, al ser reiniciada sólo éstos podían ejercer tal derecho, a pesar de lo cual se concedió de manera indiscriminada para quienes ya se había agotado la posibilidad de intervenir.

Considera que se llegó a esta violación y limitación del derecho a la defensa "por cuanto el occiso era funcionario o había sido del Juzgado de La Peña y de Pacho (Cund.). Luego entonces, había sentimientos profundos de sus colegas de trabajo, compañeros

de Juzgado y solidaridad preparada con antelación para tomar una determinación poco imparcial y sí cargada de sentimiento vengativo hacia el sindicado".

Termina solicitando se invalide la sentencia y se reponga el procedimiento viciado.

El Alegato de los no Recurrentes

El apoderado de la parte civil solicita no casar el fallo impugnado y critica la demanda por falta de claridad al no precisar cuál es la causal de nulidad alegada de conformidad con las que aparecen enumeradas en el artículo 304 del C. de P. P.

Afirma que "No es cierto que en forma indiscriminada la Parte Civil o el Ministerio Público con la connivencia del funcionario del conocimiento hayan actuado por fuera de los parámetros legales. Se hizo uso, en forma estricta, del derecho a la palabra. Pero, desde luego, en aras a la claridad, se interpeló al señor defensor, lo que indiscutiblemente es viable y cosa distinta de lo argumentado por el señor apoderado del procesado. Durante todo el trámite procesal, a lo largo de cada etapa agotada, el señor Pulido estuvo legalmente representado por abogado titulado. Nunca hubo reparo de los profesionales del derecho que lo asistieron a las actuaciones judiciales. Ahora, se argumenta una posible parcialidad en el fallo condenatorio, con criterios que no son ciertos y que ya se conocían, los cuales han debido esgrimirse con la antelación necesaria, pues, repito, se conocían y se guardó silencio, para después, como en el presente momento, sacarlos a relucir"

Los Argumentos del Ministerio Público

El Procurador Delegado solicita no se case el fallo impugnado porque admitiendo que en la primera parte de la audiencia hicieron uso del derecho a la palabra tanto el fiscal como el representante de la parte civil y que al ser reiniciada se les confirió la oportunidad de volver a intervenir, sostiene:

"Débese aceptar, también, que en la continuación de la diligencia se director permitió una nueva participación de los sujetos procesales que ya habían actuado, aconteciendo que configura en verdad una irregularidad, en razón a que las correspondientes intervenciones no fueron autorizadas por el defensor que en esos momentos gozaba de su derecho a la palabra y quien explícitamente se opuso a las manifestaciones de sus colegas, así como por la naturaleza y fondo de su entidad, sobre todo la contenida en las frases del fiscal a advertir la posible tergiversación que sobre el testimonio de Libierto González hacía el defensor, como cuando en segunda oportunidad manifestó oponerse a las tesis de inimputabilidad y de homicidio culposo propuestas por el abogado de la defensa. Empero, no es éste motivo para predicar la existencia de una clara anomalía sustancial de las exigidas por la ley como presupuesto de la anulación de parte de proceso, ni puede aceptarse como demostrado el cargo porque el demandante deja de acreditar el fundamento de la irregularidad denunciada, amparando su versión en el unidimensional concepto de denuncia, sin sustento, que existía preparación ponderada para condenar a su prohijado por estarse ventilando el trámite en sitio donde influían sentimentalmente el occiso y por mando jurisdiccional la parte civil".

Más adelante sostiene:

"Si se revisa el acta de la audiencia pública, fácilmente se advertirá que si bien hubo oposición del defensor a las interpelaciones del Ministerio Público y la parte civil, éstas estuvieron restringidas en el tiempo y en su contenido, limitándose a ratificar posiciones ya expuestas por los citados intervinientes, sin coartar en modo alguno la libertad de la defensa de exponer todo aquello cuanto estimó conveniente a la protección de los intereses que le habían sido confiados ni limitar sus razonamientos o la duración de su alegato, por lo que, en realidad, ningún menoscabo sufrieron los derechos del procesado".

Por otra parte, el representante del Ministerio Público solicita se case parcialmente la sentencia en cuanto se condenó a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal -14 años-, cuando la duración máxima de la misma es solamente de 10.

Consideraciones de la Sala

La diligencia de audiencia pública se realizó en dos sesiones en días diferentes, pues la primera se suspendió por la hora avanzada y porque era necesario que el procesado regresara a la cárcel. En esta primera oportunidad intervinieron el fiscal y la parte civil y en la segunda el procesado y el defensor.

Durante su intervención, el defensor fue interpelado en dos ocasiones por el Ministerio Público y en una ocasión por la parte civil, a lo cual aquél se opuso alegando que ya habían intervenido y que por tanto había cesado ese derecho para ellos.

En las interpelaciones, el agente del Ministerio Público inicialmente se opuso a las alegaciones de la defensa que en criterio del funcionario estaba tergiversando el contenido de una declaración, concretamente la de Edilberto González; en la segunda ocasión objetó las peticiones de la defensa para que se considerase al procesado como un inimputable, justificando su rechazo a tal posición por no existir prueba psiquiátrica que demostrase tal situación, e igualmente señaló su inconformidad ante la petición de que se considerase el hecho como un homicidio culposo.

La parte civil interpeló para demostrar la errada interpretación que la defensa hacía del artículo 451, donde se dispone que cada una de las partes procesales tiene el derecho a intervenir en la audiencia pública por una ocasión, sin que ello fuera obstáculo para que durante la exposición de cualquiera de las partes "pueda pedirse una interpelación a fin de aclarar cualquier punto que acomodaticiamente esté esbozando. En el caso concreto que nos ocupa, el Ministerio Público, en aras de los intereses sociales, no puede convertirse en convidado de piedra en callar y otorgar en cualquiera que observe que la parte civil o el señor defensor estén verdaderamente o amañadamente interpretando los hechos. Por eso considero que la intervención del señor agente del Ministerio Público no es, como lo dice el señor defensor, una segunda oportunidad y menos que se le esté conculcando el derecho de defensa a su patrocinado".

Una de la acepciones del verbo interpelar, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es: "Excitar o compeler a uno para que dé explicaciones o descargos sobre un hecho cualquiera".

Es una realidad legislativa que el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal confiere a las partes procesales el derecho a intervenir en la diligencia de audiencia pública por una única ocasión, repitiendo de esta manera similar disposición prevista en el artículo del Código Procesal de 1987.

En ninguna de estas dos codificaciones se hace referencia alguna a la posibilidad de hacer interpelaciones en el decurso de las intervenciones de las partes; al contrario de lo previsto en el código de 1971, que en el artículo 503 preveía una intervención para las partes en audiencias sin jurado y dos en las que actuaba el juez popular; y en el artículo 504 consagraba la dirección de la audiencia en el juez de la causa, asignándole entre otras funciones las de "...aceptar o rechazar, según su conducencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes"

El proceso, como siempre se ha sostenido, es fundamentalmente dialéctico, porque en su desarrollo siempre se hallan posiciones encontradas que imponen a las partes un ejercicio intelectual de argumentos y contraargumentos y ejercer con la mayor amplitud los derechos de contradicción y de interposición de recursos, bien para oponerse a las argumentaciones de las otras partes o para contraprobar lo que éstas hayan probado o para manifestar la discrepancia con las decisiones judiciales.

Esta controversia jurídica y probatoria debe regirse por los canales de la legalidad y de la más estricta lealtad, todo bajo la suprema dirección del juez que preside la audiencia, quien en el curso de ella "tendrá amplias facultades para tomar las determinaciones que considere necesarias a fin de lograr el esclarecimiento de los hechos y evitar que las partes traten temas inconducentes a los intereses que representan o que prolonguen innecesariamente sus intervenciones con perjuicio de la administración de justicia". Es por lo anterior que a pesar de que en la nueva codificación no se menciona el derecho que puedan tener las partes para interpelar durante la intervención de las otras, compete al director de la audiencia, dentro de un criterio racional y prudente, concederlas o permitirlas cuando considere que ello se justifica para evitar que se distorsionen los hechos tal como aparecen probados en el proceso, o que se modifiquen los medios de convicción, o cuando se hagan citas legales, doctrinarias o jurisprudenciales parciales o de manera distorsionada, o en casos similares; porque no puede entenderse de manera tan elemental y simple la participación de los sujetos procesales dentro de la audiencia pública; esto es, que después de haber hecho uso del derecho a la palabra por una vez, no puedan interpelar a otra de las partes durante su intervención para buscar una aclaración de los hechos o evitar su tergiversación como se dijo con antelación.

Se ha dicho que las partes son colaboradoras de la justicia y en tales condiciones sus intervenciones han de buscar, ante todo, llevar a la inteligencia del juez la verdad y la realidad histórica de los hechos motivo de juzgamiento para que su decisión sea una expresión de justicia y corresponda a la historia de los hechos tal como ellos sucedieron. Por ello, siendo el proceso fundamentalmente contradictorio y dialéctico, ha de entenderse ínsito el derecho de las partes para interpelar durante la intervención de las otras cuando considere que de cualquier manera se están afectando los intereses de la justicia.

La Sala entiende que el derecho a la interpelación surge claro de las preceptivas constitucional y legal que consagran el derecho a un debido proceso, en igualdad de circunstancias para todas las partes, institucionalizado como un proceso público, de

partes, contradictorio, que tiene como finalidad fundamental hacer realidad el derecho penal material. Con ello se quiere afirmar que su objetivo es la obtención de la justicia real, en el sentido de que en la medida de lo posible la decisión del juez debe coincidir con la realidad de los hechos tal como éstos acontecieron.

Se debe sí precisar que el derecho de interpelación que tienen las partes no se puede convertir en un instrumento para que una de las partes obstaculice la intervención de las demás, ni tampoco para que en una forma subrepticia se desconozca la ley y se aproveche la interpelación convirtiéndola en una segunda o tercera intervención. Por ello se ha especificado que el director de la audiencia con su prudente y racional juicio debe autorizarlas cuando considere que ellas pueden servir para el esclarecimiento de los hechos o para evitar, precisamente, cualquier tergiversación que en su intervención pudiera introducir alguna de las partes; de la misma manera habrá de procurar el juez que la interpelación -que por su propia naturaleza debe ser breve- no se convierta en una nueva intervención que colocaría a las partes restantes en una situación de desequilibrio.

En las condiciones anteriores se ha de concluir que en la audiencia pública los sujetos procesales tienen derecho a interpelar a las otras partes durante sus intervenciones.

Como ya se destacó en el inicio de la parte considerativa de esta providencia, en el caso que se analiza las intervenciones del Ministerio Público y de la parte civil tuvieron fundamentalmente el carácter de interpelaciones -tal como aquí han sido entendidas- y por tanto no se advierte que se haya vulnerado de ninguna manera el derecho de defensa del procesado, y tampoco se han afectado las formas propias del juicio.

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación, se negará la nulidad solicitada.

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

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / INTERES EN EL PROCESO

El interés tanto positivo como negativo del funcionario judicial o de sus parientes que contempla como causal de impedimento el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal debe reportar expectativa en las consecuencias del juicio, que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del proceso./ La efectividad como interés genera en la conciencia del ser humano múltiples estados emotivos que lo llevan a comportarse de una manera determinada, cuando ésta tiene un gran impacto en la conciencia, impregnando la personalidad del individuo e interponiéndose, casi siempre, entre el pensamiento y la acción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento número 8880.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 100 (2-11/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993.

Vistos

Con fundamento en la causal primera del artículo 103 del C. de P. P., el doctor Jairo Alfonso Lora Villa, Magistrado del Tribunal Superior de Montería, se declaró impedido de conocer en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Javier José Calume Chaker contra la sentencia de primer grado, por medio de la cual fue condenado por el delito de homicidio culposo.

Por considerar sus otros compañeros de Sala que en este caso no procede esta causal, se ha enviado la actuación a la Corte para que decida lo que se considere pertinente.

El Impedimento

El doctor Jairo Alfonso Lora Villa, por auto del 13 de agosto de mil novecientos noventa y tres, se declaró impedido para desatar la segunda instancia porque la progenitora del procesado es amiga íntima de mi madre, Carmen Villa de Lora, desde su

ya lejana infancia, en relación que no ha sufrido alteraciones y que se ha transmitido, por la cercanía física y comunión de afectos, a mí y a mis hermanos".

Por ello, afirma el funcionario que su progenitora llegó a sugerirle que la solución del proceso sea favorable para el hijo de su amiga, toda vez que ella ha asumido este asunto como propio, movida por aspectos puramente espirituales.

Criterio del Tribunal

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión no aceptaron los planteamientos del doctor Lora Villa y ordenaron, por auto del 1º de octubre del presente año, el envío de las diligencias a la Corte para que decida de plano el incidente en examen.

Estima el Tribunal que los motivos señalados por el magistrado son infundados, pues no podría "considerarse que la señora Carmen Villa de Lora, madre del Magistrado impedido..., pueda resultar lesionada en sus bienes morales", al no estar en entredicho "su dignidad moral, su buena fama o reputación de persona honesta", al tratarse de una "simple sugerencia o recomendación que en nada pondría a prueba la neutralidad del Magistrado impedido en el manejo de la decisión judicial".

Breves Consideraciones de la Corte

No le asiste razón a la Sala Dual del Tribunal Superior de Montería para predicar que la causal de impedimento argüida por el compañero de Sala es infundada, al no existir el interés que contempla la norma, reduciendo las afirmaciones del funcionario a simples "sugerencias" o "recomendaciones", en torno a la petición elevada por la madre del Magistrado a éste y en relación con el proceso.

Es indiscutible para la Corte que el ánimo del Magistrado se encuentra perturbado ante la petición planteada por su señora madre, en relación con el resultado favorable del proceso seguido contra Javier José Calume Chaker, hijo de una amiga íntima de ésta, de varios lustros, situación que hizo mella en su conciencia, al observar que su progenitora mejor, como lo dice el propio funcionario tiene "'interés en el proceso', interés éste de la más pura estirpe, si sus motivaciones no son de índole material, sino netamente espirituales, porque su ánimo reflejado en mí con su cariñosa vehemencia se halla inclinado a demostrar la ausencia de reprochabilidad de la conducta del procesado, a quien se le ha deducido culpabilidad culposa en los hechos que se han investigado".

El interés tanto positivo como negativo del funcionario judicial o de sus parientes que contempla como causal de impedimento el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal debe reportar expectativa en las consecuencias del juicio, que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del proceso.

La afectividad como interés genera en la conciencia del ser humano múltiples estados emotivos que lo llevan a comportarse de una manera determinada, cuando ésta tiene un gran impacto en la conciencia, impregnando la personalidad del individuo e interponiéndose, casi siempre, entre el pensamiento y la acción.

Indica el auto impeditivo que los grandes afectos que existen entre la madre del magistrado y la del procesado, además de no haber sufrido alteraciones en el tiempo, se

ha extendido a otros miembros de la familia, entre los cuales se encuentra el mismo Magistrado que se declara impedido, quien precisamente por tal circunstancia es el más llamado a valorar su alcance y decidir sobre la influencia positiva o negativa que pueda hacer mella en su ánimo de juzgador.

Precisamente, la Sala en varias oportunidades ha sostenido, sobre el criterio que acaba de plasmarse:

"El impedimento es una manifestación inhibitoria del funcionario para sustraerse al conocimiento de un negocio judicial, precisamente para allanar cualquier equívoco, malentendido o apreciación errónea de su conducta como fallador, para que las partes puedan tener máxima seguridad de que sus intereses no van a ser disminuidos o menospreciados por sentimiento alguno que pueda incidir sobre el recto ejercicio de la justicia. Es una manifestación de contenido moral o subjetivo que la ley deja al arbitrio del funcionario, exigiendo apenas los motivos que obligan a esa determinación, juzgados en algunos casos por circunstancias especiales, con menos rigor que la recusación, por razones obvias, dentro de las causas que el procedimiento señala". (Auto de 25 de nov. de 1960, G. J. XIV, pág. 230).

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declare fundado el impedimento propuesto por el doctor Jairo Alfonso Lora Villa a sus demás compañeros de Sala del Tribunal de Montería para no conocer del presente proceso seguido contra Javier José Calume Chaker por homicidio culposo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / LIBERTAD

El artículo 241 del Decreto 2700 de 1991 dispone que "en el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad del procesado"; es decir, que la providencia que ponga fin a la acción de revisión no puede dictarla la Corte hasta tanto se agote el trámite previsto en los artículos 235 y ss. del citado estatuto, por cuanto tal beneficio presupone la prosperidad de la demanda y la declaración por esta Colegiatura de la presunción de inocencia del condenado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 7999

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 101.

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de noviembre de 1993.

Vistos

Agotado el término probatorio en la presente acción de revisión propuesta por el apoderado del procesado Javier Enrique López Roldán y sin que se haya surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión, el doctor Anselmo Ahumada Linero, en escrito presentado el 29 de octubre pasado, entra en el análisis de los testimonios vertidos en la etapa probatoria para respaldar su demanda; y con base en ellos reclama el beneficio de libertad provisional previsto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

Resulta extemporánea la pretensión del apoderado del procesado, por cuanto el artículo 241 del Decreto 2700 de 1991, sobre el cual apoya la petición, dispone que "...En el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad del procesado"; es decir, que la providencia que ponga a la acción de revisión no puede dictarla la Corte hasta tanto se agote el trámite previsto en los artículos 235 y ss. del citado estatuto, por cuanto tal beneficio presupone la prosperidad de la demanda y la declaración por esta Colegiatura de la presunción de inocencia del condenado López Roldán.

Siendo así, que el apoderado en su escrito hace referencia expresa al artículo 238 *ibidem*, en que manifiesta "Alegar de conclusión", lo que pretende es que se prefermita el traslado común a las partes por 15 días que consagra la disposición citada por él.

Concluyese de lo anterior que la solicitud del apoderado del procesado resulta prematura y, por lo mismo, habrá de ser negado el beneficio impetrado. Se ordenará sí el traslado a que se hizo referencia anteriormente.

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

RESUELVE:

1. *Negar* al procesado Javier Enrique López Roldán el beneficio de libertad provisional que con apoyo en lo preceptuado en el artículo 241 del Decreto 2700 de 1991, por improcedente.

2. Ejecutoriada esta providencia, córrase traslado común por quince (15) a las partes para que aleguen de conclusión.

Cópiese, notifíque y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ANTECEDENTES / LIBERTAD CONDICIONAL

El simple adelantamiento de otro proceso en contra de un sentenciado no puede calificarse como antecedentes y tampoco la pluralidad de conductas o de infracciones que fueron objeto de juzgamiento y de la correspondiente sanción deben incidir por sí mismas como elementos de juicio suficientes para declarar improcedente el subrogado de la libertad condicional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8892.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 102.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Surtido el trámite propio de la instancia, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Argemiro Contreras Molina ,ex Juez Penal Municipal de Ataco (Tolima), contra la providencia de fecha veintitrés (23) de septiembre del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué le negó la libertad condicional, no obstante haber acreditado el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, en atención a su personalidad traducida en el comportamiento delictual, para lo cual se remite a pronunciamientos anteriores sobre dicho aspecto.

Consideraciones de la Corte

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante sentencia de fecha 29 de agosto de 1991, condenó a Argemiro Contreras Molina a la pena privativa de la libertad de 40 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de concusión y privación ilegal de la libertad, sanción que fuera confirmada por esta Colegiatura en fallo calendado a 6 de mayo de 1992.

El peticionario se halla detenido desde el 16 de septiembre 1991, fecha en la cual se presentó ante el Tribunal Superior de Ibagué, una vez se dictó en su contra la sentencia

de primera instancia y a fin de cumplir la sanción impuesta (folio 216 cuaderno No. 1); es decir, lleva efectivamente privado de la libertad veinticinco (25) meses y veintinueve (29) días. En proveído de fecha 18 de marzo del corriente año, la citada Corporación reconoció al procesado una redención de pena de seis (6) meses y diecisiete (17) días, correspondientes a 3.164 horas laboradas de octubre de 1991 a noviembre de 1992 y en la providencia recurrida se le tienen en cuenta 712 horas de enero a agosto de 1993, como instructor de alfabetización, para una redención de pena adicional de dos (2) meses y veintinueve (29) días, para un total de treinta y cinco (35) meses y cinco (5) días.

El anterior cómputo se ve modificado de acuerdo con los criterios expuestos por esta Sala en providencias de fechas 15 de julio y 13 de octubre del corriente año (Magistrados Ponentes: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas), en la primera se precisó:

"...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 pueda participar en los programas de trabajo existentes, a 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 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 la segunda se reiteró el anterior criterio y se puntualizó:

"Tres aspectos bien diferentes se presentan en relación con la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, para que los reclusos puedan tener derecho, respecto

de las labores por ellos realizadas en los establecimientos carcelarios, de acuerdo con la legislación que rige la materia:

"a) Bajo el imperio de la Ley 32 de 1971 y el Decreto Reglamentario 2119 de 1977, la población reclusa tenía derecho a redimir un (1) día de pena por cada tres (3) de trabajo o estudio, contabilizados éstos aun en días diferentes, pero sin exceder en cada uno de ellos de ocho (8) horas diarias por trabajo y seis (6) por estudio;

"b) Entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) y por aplicación del principio de favorabilidad, las disposiciones contenidas en los artículos 530 y ss. del citado estatuto debían ser aplicadas en todos los casos, pues al recluso le bastaba con trabajar o estudiar durante ocho (8) horas diarias, durante dos (2) días, para tener derecho a uno (1) de redención de pena.

"Solamente el recluso que se desempeñara como 'instructor' tenía derecho a idéntico descuento, con tan sólo cuatro (4) horas diarias de actividad, siempre que acreditara ante las directivas carcelarias las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador;

"c) A partir de la vigencia de la Ley 65 de 1993 (Nuevo Código Penitenciario y Carcelario), quienes se dediquen al estudio seis (6) horas diarias, así sea en días diferentes, tendrán derecho a redimir, por dos (2) días en dicha actividad, uno (1) de pena. En consecuencia, no podrán los directores de los establecimientos de reclusión certificar a los detenidos ni a los jueces reconocer tiempo superior al establecido en el artículo 97 de la referida Ley. No obstante lo anterior, por aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política (favorabilidad), debe puntualizarse que en todos los casos en que un recluso acredite haber estudiado durante ocho (8) horas diarias bajo el régimen anterior, le deben ser consideradas en su totalidad y divididas por seis (6), para establecer los días efectivos que se computarán para la redención de pena que le corresponda.

"...A partir de la expedición de la Ley 65 de 1993, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final del artículo 98, el instructor 'no podrá enseñar más de cuatro horas diarias...'; es decir, que con esta disposición se hizo claridad sobre el punto concreto, sin que pueda aceptarse desde su vigencia un tiempo superior al allí establecido, como máximo para desempeñarse un recluso como instructor o educador".

Cabe precisar que en providencia del 15 de julio del corriente año, la Sala ordenó remitir la copia del proveído al director de la Cárcel del Distrito Judicial de Chiquinquirá, donde se encuentra recluido el procesado, a fin de que expidiera nuevos certificados en los que se precisara si Contreras Molina había laborado o no los días sábados, domingos y festivos, sin que se hubiese dado cumplimiento a ello. Pero como quiera que el peticionario eventualmente puede estar cercano a satisfacer la totalidad de la pena, la Corte entrará en esta oportunidad a realizar los cómputos pertinentes con base en los certificados y constancias allegados al proceso, desde luego con sustracción de los días domingos y festivos, por cuanto la Ley 65 de 1993 permite computar los sábados como días ordinarios de trabajo, estudio o enseñanza.

Así las cosas se tiene: del mes de octubre de 1991 al mes de agosto de 1992 acredita 2.168 horas, que se tienen como trabajo, en atención a lo dicho por la Sala en providencia

del 15 de julio del corriente año, por cuanto no acreditó las calidades para desempeñarse como instructor en enfermería, las que le representan una redención de pena equivalente a cuatro (4) meses y quince (15) días. A partir del 1° de septiembre de 1992 y hasta el 31 de agosto del corriente año, las Directivas de la Cárcel del Circuito de Chiquinquirá certifican que Contreras Molina laboró como instructor alfabetizador 8 horas diarias, pero que por disposición de la Dirección General de Prisiones sólo se tienen en cuenta 4 horas diarias. Como quedó dicho anteriormente, el procesado tiene derecho a que se le reconozca la redención de pena por las horas realmente laboradas hasta el 19 de agosto en que entró en vigencia la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario); es decir, acreditaría 2.272 horas efectivamente realizadas más 44 correspondientes al período comprendido entre el 19 y el 31 de agosto (11 días), de conformidad con lo preceptuado en el estatuto antes mencionado, para un total de 2.316 horas, que le representan una redención de pena equivalente a nueve (9) meses y diecinueve (19) días, para un acumulado de catorce (14) meses y nueve (9) días, los que sumados al tiempo efectivo en reclusión (25 meses y 19 días) le da un total de treinta y nueve (39) meses y veintitrés (23) días, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta, restándole tan sólo siete (7) días para el cumplimiento total de la pena.

Como quiera que se encuentra presente el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, corresponde a la Sala, no obstante estar próximo el procesado al cumplimiento total de la pena, pronunciarse sobre los requisitos de orden subjetivo exigidos por la citada disposición.

Se halla acreditada su conducta ejemplar en el centro de reclusión, y sus antecedentes penales y contravencionales, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 248 de la Carta Política, ya que resulta equivocada la afirmación del Tribunal de Ibagué contenida en la providencia de fecha 24 de junio del corriente año, a la que se remite en el proveído impugnado cuando consigna que: "El doctor Argemiro Contreras Molina fue condenado por varios punibles, con varios perjudicados y varios comportamientos, a esa pluralidad de comportamientos plenamente demostrados procesalmente se suman a otras acciones que motivaron las expedición de copias para investigar otras adecuaciones típicas. Con ello se concluye sin preocupación que no es merecedor de lo solicitado", esto es, que el simple adelantamiento de otro proceso en su contra no puede calificarse como antecedente y tampoco la pluralidad de conductas o de infracciones que fueron objeto de juzgamiento y de la correspondiente sanción deben incidir por sí mismas como elementos de juicio suficientes para declarar improcedente el subrogado que se reclama.

Es claro que al no existir sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra distinta de la proferida en este asunto, cumple con el requisito que exige el artículo 72 del Código Penal. Ello, complementado con su excelente conducta durante el tiempo en reclusión y sus labores permanentes en el mismo lapso, a más de su presentación voluntaria para someterse a la justicia y cumplir una sanción impuesta en fallo que, además, se hallaba recurrido, son elementos suficientes para suponer fundadamente su readaptación social y por ello, viable su pretensión.

Dado el tiempo que le resta para satisfacer la totalidad de la pena impuesta, considera la Sala suficiente exigir al procesado caución prendaria por la suma de diez mil pesos ($10.000.00) que deberá consignar a favor del Tribunal Superior de Ibagué y suscribir

diligencia de compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Penal, obligaciones que se le imponen por el término previsto en el artículo 74 *ibidem*, esto es, por lo que falta para cumplir la sanción y una tercera parte más.

Consecuente la Sala con lo anotado en párrafos anteriores, se ordenará compulsar copia de esta providencia con destino al Señor Procurador Departamental de Boyacá, para que adelante las averiguaciones pertinentes en relación con los excesos en las labores permitidos al procesado y la omisión de expedir nuevos certificados como se dispuso en proveído del 15 de julio del corriente año, cuya copia le fue remitida con oficio No. 1380 del día siguiente.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* la providencia impugnada, por las razones consignadas en precedencia.

2. *Conceder* al procesado Argemiro Contreras Molina el beneficio de libertad condicional, previa caución prendaria por la suma de diez mil pesos ($10.000.00) que consignará a favor del Tribunal Superior de Ibagué y la suscripción de diligencia de compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Penal, obligaciones que se le imponen por el término previsto en el artículo 74 *ibidem*, esto es, por lo que falta para cumplir la sanción y una tercera parte más.

3. 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.

4. Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Juzgado Primero Penal del Circuito de Chiquinquirá (Boyacá), al que se le librará la respectiva comunicación telegráfica.

5. Por la Secretaría de la Sala y con destino al Señor Procurador Departamental de Boyacá, envíese copia de esta providencia, para los fines indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

La admisibilidad de una demanda de casación deriva de que reúna los requisitos tanto de fondo como de forma que para ella establece el artículo 225 del estatuto procesal, los cuales revisten al recurso del carácter extraordinario, en la medida en que no se puede plantear de la misma manera que los recursos ordinarios que se intentan en el trámite de un proceso ante las instancias. / El principio de limitación que rige la impugnación extraordinaria circunscribe el campo del pronunciamiento de la Corte a las causales alegadas por el demandante, lo que implica que el libelo contenga la presentación y estudio de todos los elementos tanto de orden procedimental como teórico-jurídico que pueden servir de base a la decisión perseguida: quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que protege la estabilidad jurídica de un fallo judicial; por tanto, aquéllos parten de la identificación del proceso en el cual se ha interpuesto el recurso, pasando por la invocación de la causal alegada, la demostración precisa y clara de su existencia, la trascendencia que tiene en el fallo el error acusado, hasta la solicitud del sentido en que debe ser casada la sentencia, que, en definitiva, son las exigencias cuyo cumplimiento impone el citado art. 225 del C. de P. P. / De otra parte, por razón de la excepcionalidad del recurso, cada una de las causales tiene forma específica de desarrollo y, consecuentemente, cada error judicial tiene una vía propicia de planteamiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8542.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 101 (nov. 3/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de Juan Carlos Romo Romo contra el fallo del 22 de febrero de 1993, por medio del cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad contra Juan Carlos Romo Romo, John Jairo Osorio Barrera y Alvaro Galván Plaza, como autores de un delito de hurto calificado.

El *a quo* condenó al procesado recurrente a la pena de cuatro años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y lo sentenció a pagar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, solidariamente con sus compañeros de delincuencia.

Hechos

La sentencia de primera instancia sintetiza los hechos que dieron lugar a este proceso en los siguientes términos:

"Aproximadamente a las cinco y media de la mañana del día 24 de octubre de 1991, tres sujetos abordaron a la altura de la calle 17 con la carrera 89 de esta ciudad el vehículo de servicio público distinguido con las placas VS-6297 y conducido por el señor Manuel Ponce Sánchez, a quien solicitaron los transportara hasta el barrio Chapal.

"En inmediaciones del jardín cementerio 'Cristo Rey' el taxista fue dominado por los tres sujetos, quienes lo despojaron mediante el ejercicio de violencia de los mandos del vehículo, el dinero y los documentos de identificación que portaba, dirigiéndose por la carretera sur hacia la población de Guaitarilla. En un punto intermedio del recorrido, cerca de la vereda El Alizal, el taxista fue obligado a abandonar el vehículo, al tiempo que sus ocupantes regresaron hacia la carretera central con el automotor con rumbo desconocido.

"El día 6 de noviembre siguiente, el vehículo fue recuperado en el puerto de Tumaco por miembros de la Policía Nacional, identificándose a Juan Carlos Romo Romo, John Jairo Osorio Barrera y Alvaro Gallón Plaza como los autores de la ilicitud".

La Demanda

Invocando la causal establecida en el numeral primero del art. 220 del C. de P. P., la abogada recurrente manifiesta que acusa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto "por haber incurrido en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea en una aplicación indebida de las normas con que se dosificó la pena impuesta".

Como sustentación del cargo, la impugnante expresa que la violación directa de la ley sustancial "se presenta cuando se aplican en forma indebida las normas, dosificándose en forma exagerada la pena, apartándose de los criterios esgrimidos a este respecto por la Honorable Corte Suprema de Justicia".

A continuación la casacionista dosifica la pena que considera debía corresponderle a Juan Carlos Romo Romo, aduciendo que éste carece de antecedentes penales, para cuyos efectos realiza el siguiente cómputo: 24 meses de la pena mínima establecida en el art. 350 del C. P.; 8 meses por el art. 351, y teniendo en cuenta el art. 272, suma en total 36 meses, que en su criterio daría derecho a la condena de ejecución condicional.

Cita la recurrente la decisión aprobada por la Corte según acta 052 del 31 de julio de 1991, de la cual fue ponente el Dr. Dídimo Páez Velandia (expediente 5113), en cuyo proceso "se concedió la libertad accediendose a la tasación de la pena en 37 meses de prisión.".

Después de afirmar que estima violadas las normas de los artículos 29 de la Constitución Nacional; 1º, 6º, 68 y 72 del Código Penal y 1º y 415.7, del Código de Procedimiento Penal, la demandante solicita que se dicte la sentencia de reemplazo.

La Sala Considera

La admisibilidad de una demanda de casación deriva de que reúna los requisitos tanto de fondo como de forma que para ella establece el artículo 225 del estatuto procesal, los cuales revisten al recurso del carácter extraordinario, en la medida en que no se puede plantear de la misma manera que los recursos ordinarios que se intentan en el trámite de un proceso ante las instancias.

El principio de limitación que rige la impugnación extraordinaria circunscribe el campo del pronunciamiento de la Corte a las causales alegadas por el demandante, lo que implica que el libelo contenga la presentación y estudio de todos los elementos tanto de orden procedimental como teórico-jurídico que pueden servir de base a la decisión perseguida: quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que protege la estabilidad jurídica de un fallo judicial; por tanto, aquéllos parten de la identificación del proceso en el cual se ha interpuesto el recurso, pasando por la invocación de la causal alegada, la demostración precisa y clara de su existencia, la trascendencia que tiene en el fallo el error acusado, hasta la solicitud del sentido en que debe ser casada la sentencia, que, en definitiva, son las exigencias cuyo cumplimiento impone el citado art. 225 del C. de P. P.

De otra parte, por razón de la excepcionalidad del recurso, cada una de las causales tiene una forma específica de desarrollo y, consecuentemente, cada error judicial tiene una vía propicia de planteamiento.

La recurrente ha atacado la sentencia del Tribunal Superior de Pasto invocando la causal primera del art. 220 del código procesal penal, circunscribiendo el cargo a una violación directa de la ley. Conforme a la técnica del recurso, no basta un tal señalamiento para asumir el trámite y estudio de las pretensiones demandarias, puesto que el material sobre el cual la Sala centra su análisis debe estar contenido en el libelo y, en consecuencia, si lo que de ella se pretende es el reconocimiento de que el fallador ha incurrido en una violación de la ley, ésta debe aparecer demostrada en el escrito impugnatorio. De lo contrario, no tendrá el Tribunal de Casación materia para emitir pronunciamiento alguno.

Evidentemente la casacionista no aplicó los principios básicos de este recurso, pues, a pesar de que esgrime la violación de la ley y menciona diversas disposiciones como presuntamente inobservadas (arts. 29 C. N.; 1º, 6º, 68 y 72 C. P.; 1º y 415.7 C. de P. P.), ningún argumento trae para demostrar la forma, el sentido y el alcance de tal vulneración.

En tales condiciones, para el juez en casación, resulta imposible conocer o siquiera vislumbrar el incumplimiento de alguna de tales preceptivas, pues la censura esté apoyada en que se dosificó en forma exagerada la pena y en que el sentenciador se apartó de criterios trazados por la Corte. Y el único argumento sobre el cual se edifica el éxito de la censura es la casación que efectúa la demandante, pues la decisión que la Sala de Casación Penal haya adoptado en proceso distinto de ninguna manera es idónea para demostrar que en éste se infringió la ley.

De lo anterior se desprende que la causal de casación alegada carece de fundamentación clara y precisa, en los términos y con el alcance que impone el artículo 225 del C. de P. P., por lo que la demanda habrá de inadmitirse.

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

RESUELVE:

Inadmitir y, por lo tanto, rechazar *in limine* la demanda de casación presentada por la doctora Amparo Astorquiza Ordóñez, en representación de Juan Carlos Romo Rorto, condenado por el delito de Hurto calificado por el Tribunal Superior de Pasto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TIPICIDAD / CULPABILIDAD / ANTIJURICIDAD

Tres serían los requisitos exigidos para que determinada conducta pueda calificarse de punible: que coincida con los elementos descritos en un tipo penal determinado (tipicidad); que cause daño al bien jurídico protegido por la norma y que no concurra ninguna circunstancia de justificación (antijuricidad) y que el agente sea culpable a título de dolo, culpa o preterintención. / Demostrado que un comportamiento es típico porque se subsume en determinado tipo penal y se realizó en circunstancias que no lo justifican porque lesionó o puso en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley (artículo 4° *ibidem*), es preciso indagar si el autor o partícipe obró en cualquiera de la formas de culpabilidad ya señaladas (artículo 35 *ibidem*). / De lo dicho se colige que la tipicidad de la conducta no lleva forzosamente a la declaratoria de culpabilidad y consecuente imposición de una pena al autor o partícipe, pues esta sanción específica no se impone a quien haya actuado sin culpabilidad sino a quien realizó comportamiento típico y antijurídico con dolo, culpa o preterintención. / De otra manera no se justificaría la presencia en nuestro derecho positivo del artículo 40 del Código Penal consagratorio de las llamadas causales de inculpabilidad o exculpación, que conservan intacta la tipicidad y la antijuricidad del comportamiento afectando únicamente su culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8018.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 101 (3-11-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el apoderado de la parte civil la sentencia de 30 de julio de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá revocó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de esta ciudad y en su lugar absolvió a la procesada María Teresa Díaz Suárez de los cargos que por violación al artículo 11 de la Ley 66 de 1968, reformado por el 6° del Decreto 2610 de 1979, le habían sido formulados en resolución acusatoria.

Hechos

Por escritura pública 4690 del 15 de agosto de 1985 otorgada por la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, la sociedad Construcciones Díaz Suárez Meluk Ltda., representada por su gerente Jesús Eduardo Díaz Suárez, vendió a los doctores José Leonel Guarín Ortiz y Myriam Espitia García una casa de la urbanización La Virginia del municipio de Chía, inmueble que presentaba defectos de construcción que no fueron reparados de inmediato por la empresa vendedora, razón por la que los compradores sintiéndose afectados en sus intereses patrimoniales formularon denuncia penal por el delito de estafa y además por violación a la Ley 66 de 1968 y su Decreto Reformatorio 2610 de 1979, toda vez que la empresa constructora carecía de permiso del Superintendente Bancario para dedicarse a esta clase de actividades.

Actuación Procesal

Iniciada la investigación penal por el Juzgado Sesenta y Ocho de Instrucción Criminal de Bogotá fue vinculado a ella en calidad de sindicado el señor Jesús Eduardo Díaz Suárez, a quien se le definió su situación jurídica sin proferirse medida de aseguramiento en su contra.

Solicitada por la defensa cesación de procedimiento en favor del procesado, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá accedió a ello pero únicamente respecto al delito de estafa ordenando proseguir la investigación en cuanto a la violación de la Ley 66 de 1968 y su Decreto 2610 de 1979, pronunciamiento confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito.

El 17 de septiembre de 1987 el Juzgado de Instrucción Criminal dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de sindicado Jesús Eduardo Díaz Suárez por violación a la mencionada ley, concediéndole el beneficio de la libertad provisional, determinación confirmada por el Tribunal Superior con la suya del veinte de noviembre del citado año, adicionándola en el sentido de ordenar la vinculación al proceso en calidad de sindicada de la Subgerente de Construcciones Díaz Suárez Meluk Ltda., María Teresa Díaz Suárez, quien ofda en indagatoria fue cobijada con medida de detención preventiva con libertad provisional, por el mismo delito.

Superados múltiples incidentes procesales y perfeccionada en lo posible la investigación, el 15 de julio de 1988 el Juzgado Sesenta y Ocho de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con reapertura de investigación por el término de sesenta días desconociendo la personería jurídica de la parte civil, providencia apelada por los sujetos procesales intervinientes y revocada en su integridad por el Tribunal Superior mediante la suya de 23 de enero de 1989 en el sentido de proferir resolución de acusación en contra de Jesús Eduardo Díaz Suárez y María Teresa Díaz Suárez como coautores del delito descrito en el artículo 11 de la Ley 66 de 1968 reformado por el 6º del Decreto 2610 de 1970, que sanciona con prisión de dos a seis años a quienes sin hallarse registrados o inscritos ante el Superintendente Bancario anuncien o desarrollen actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, otorgamiento de créditos para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas.

Surtiéndose la notificación de la providencia enjuiciatoria se produjo la muerte del procesado Jesús Eduardo Díaz Suárez, hecho determinante de la cesación de procedimiento en su contra.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito culminó la instancia condenando a María Teresa Díaz Suárez a la pena principal de 24 meses de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, concediéndole el subrogado de la condena condicional, fallo apelado por la defensa y revocado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá absolviéndola de todo cargo, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Fundamentó la absolución el *ad quem* en que no obstante hallarse acreditada la objetividad de la infracción a la ley de vivienda "ha de reconocerse sin embargo que la prueba también converge en señalar que aunque la procesada María Teresa Díaz conocía de un modo genérico el mandato implícito establecido en las normas que regulan la actividad por ella desarrollada como subgerente de la sociedad Construcciones Díaz Suárez Meluk Ltda., obró sin embargo en el convencimiento de que las circunstancias en las cuales desarrollaba la actividad la ponía fuera de lo prohibido o mandado en la norma penal, siendo invencible aquella errónea convicción porque fue sustentada por el ente oficial encargado precisamente de dirigir la conducta de quienes desarrollan las actividades a él encargadas para su vigilancia y control, configurándose en favor de la citada implicada el llamado por la doctrina y la jurisprudencia error de tipo, que no es otro que la situación descrita en el num. 4º del art. 40 del C. P., de acuerdo con el cual no es culpable "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción".

Demanda de Casación

Tres cargos formula el demandante a la sentencia impugnada en el marco de la causal primera de casación, así:

Primero: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 40 numeral 4º, del Código Penal, proveniente de error de derecho, reparo fundamentado en estas consideraciones: las premisas mayor y menor de la sentencia que respectivamente se ocupan de la descripción del tipo penal contenido en el artículo 11 de la Ley 66 de 1968 reformado por el 6º del Decreto 2610 de 1979 y de la materialidad u objetividad del hecho punible son armónicas y coherentes apuntando inequívocamente a que la conducta desplegada por la procesada absuelta esté definida como delito por lo que la decisión a tomar por el Tribunal Superior debió ser la de confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia.

"Repugnan al derecho y a su lógica -agrega- que después de haber aceptado la Sala la tipicidad del delito por el cual se juzgó a la señora María Teresa Díaz Suárez, determine revocar la sentencia apelada, absolviendo a la procesada y ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas, sobre la base del artículo 40, numeral 4º del C. P., pues la ciencia del derecho no admite que por una parte se pregone de manera irrefutable la tipicidad del derecho punible (sic) y por otra, se exculpe su realización justificándola con error invencible o como jurisprudencialmente se denomina error de tipi (sic).

"Como quedó planteado, en derecho penal o se comete el delito o no se comete y en relación con el fallador se acepta o no se acepta su comisión; pero, una vez conciente (sic) el juez que el procesado es responsable del delito imputado no puede aplicar en su favor 'el error de tipo' porque rompe la lógica jurídica y se cae en lo injusto, desquiciando la presunción de legalidad y acierto de la sentencia".

La parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia omitió señalar la norma legal en la cual se apoyaba la revocación del fallo de primera instancia y el hecho hipotizado por la norma violada conocido jurisprudencialmente como error de tipo "fue aplicado indebidamente al caso concreto, al errar la Sala en la relación de semejanza entre la conducta realizada por la procesada María Teresa Díaz Suárez y el dispositivo legal aplicado para decidir el error invencible".

Luego expresa:

"Es evidente la falsa adecuación típica del dispositivo legal precitado, al caso subanálisis y consecuencialmente, existe *in iudicando* error de derecho, por violación directa, al aplicarse indebidamente a una conducta preestablecida como delito, el error invencible de que trata el numeral 4º del artículo 40 del C. P., como motivo de inculpabilidad".

Segundo: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 11 de la Ley 66 de 1968 reformado por el 6º del Decreto 2610 de 1979, que tipificar como delito la conducta desplegada por la subgerente de la empresa Construcciones Díaz Suárez Meluk Ltda.

Afirma el recurrente que la aceptación por parte del Tribunal de la objetividad de la conducta imputada a la acusada en razón a que la empresa constructora se anunciaba y desarrollaba actividades relacionadas con la enajenación a título oneroso de cinco o más unidades habitacionales, sin hallarse inscrita o registrada ante el Superintendente Bancario, desemboca en la conclusión "de que tal proceder era típico, antijurídico y culpable, pues no de otra manera pueden interpretarse los asertos de la Sala máxime cuando contundentemente expresa que objetivamente se debe aceptar la existencia de la conducta típica, ya que estos aspectos objetivos de la infracción apuntan a la demostración de la culpabilidad".

Repite que las premisas sentadas por el Tribunal en la sentencia dictada inexorablemente conducían a que fuera condenatoria, pero como tal cosa no se dio, resulta evidente la repulsión entre las consideraciones y la parte resolutiva del fallo impugnado "por la potísima razón del divorcio entre las premisas y la conclusión o silogismo".

Tercero: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, pues la escritura pública 4690 del 15 de agosto de 1985 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá mediante la cual el gerente de la sociedad Construcciones Díaz Suárez Meluk Ltda. dio en venta a José Leonel Guarín Ortiz y Myriam Espitia García un inmueble de la urbanización La Virginia del municipio de Chía, no fue apreciada por el Tribunal Superior en armonía y concordancia con las demás pruebas obrantes en autos, especialmente el oficio emanado de la Oficina de Planeación del municipio de Chía, porque de haberlo sido se habría percatado de que la venta de la casa se solemnizó al día siguiente de haberse materializado el proyecto sobre cinco unidades de vivienda (14 de agosto de 1985), con lo que se quebrantó el artículo 2º de la Ley 66 y

el 2º del Decreto 2610, que dan por desarrollada la actividad de enajenación de inmuebles cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, municipales o distritales sean cinco o más.

Agrega el censor que un juicio de valor equivocado sobre dicha prueba condujo a la violación de los artículos 246 y 247 del anterior como del nuevo Estatuto Procedimental Penal, que tratan de la necesidad de la prueba y de los requisitos para condenar.

Solicita casar la sentencia impugnada y en su lugar confirmar la dictada por el Juzgado Penal del Circuito.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia porque ninguno de los reproches formulados puede prosperar.

Examinando en forma conjunta los dos primeros cargos por ser el uno complemento del otro, critica por antitécnica la forma como aparecen enunciados y fundamentados toda vez que habiéndose acogido el actor a la violación directa de la ley, sin embargo desconoce deliberadamente los hechos en que se apoyó el Tribunal Superior para dar por demostrada la existencia "del error sobre el tipo previsto en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal, afirmación que no es dable desconocer en sede de casación con el simple y equivocado argumento de que, aceptada la tipicidad del comportamiento, forzoso resulta concluir que el mismo se desarrolló culpablemente".

Si bien es cierto que el sentenciador aceptó la tipicidad de la conducta endilgada a la procesada "no reputó como culpable su actuar, pues encontró que obró bajo la convicción errada e invencible de que en su comportamiento no concurrían todos los elementos necesarios para la configuración del hecho delictivo".

El demandante no emprendió la real comprobación del cargo por aplicación indebida del mencionado precepto legal confundiendo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, haciendo declaraciones de una imprecisión conceptual imperdonable como "el sostener que la afirmación de la tipicidad descarta la posibilidad del reconocimiento de una causal de inculpabilidad, o que, al contrario, la aceptación de un actuar no culpable supone un previo reconocimiento de atipicidad. La ley penal colombiana no resiste tal clase de afirmaciones; baste con leer el contenido del artículo 5º del Código Penal, para desechar por inválido el argumento del demandante, pues allí claramente se establece que "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible, debe realizarse con culpabilidad".

Luego expresa:

"Tipicidad y causal eximente de culpabilidad no se repelen, como lo sostiene el demandante, sino que son dos manifestaciones diversas del hecho delictivo que determinan, a su turno, conclusiones diversas en el proceso de juzgamiento, tal como acertadamente lo hizo el Tribunal en la sentencia de segunda instancia para quien, a pesar de encontrar adecuada la conducta denunciada a la descripción legal, decidió eximir de responsabilidad a la encausada por hallar, también debidamente probado, que ésta no

tuvo conocimiento del hecho punible que fue materia de la investigación correspondiente...".

Aludiendo al reparo por exclusión evidente de la norma legal que describe el tipo penal objeto de investigación, aduce el Procurador Delegado que, contrariamente a lo que piensa el impugnador, dicho precepto fue materia de amplio análisis por parte del fallador *ad quem* al punto que en torno a él giró el reconocimiento de la tipicidad del hecho, por lo que el ataque debió centrarse no sobre su falta de aplicación sino sobre una errónea interpretación.

Y en cuanto al último de los reparos formulados por error de hecho manifiesto, argumenta:

"Examinado el fondo de la censura, sin embargo, se advierte que no asiste razón al casacionista, pues como fácilmente se colige del fallo impugnado, el error que se reconoció en el actuar de la encausada no derivó del número de unidades de vivienda que pretendía construir y del adelantamiento de una o más unidades a la fecha de la venta de la casa a los señores Guarín- Espitia, sino de la existencia de una opinión emanada de la Superintendencia Bancaria en la cual le comunicaron la no violación de las normas reguladoras de la construcción de vivienda, así como de la opinión que, en vida, recabó el antiguo gerente de la constructora de su abogado, manifestaciones ambas que dictaminaron el cumplimiento adecuado de las leyes al respecto".

La Sala no se referirá al alegato presentado por la defensora de la procesada en su carácter de sujeto procesal no recurrente, por haberlo sido fuera de término.

Consideraciones de la Corte

Cargos Primero y Segundo: Por ser complementarios entre sí, la Corte los examinará en forma conjunta, como lo hizo la Procuraduría Delegada, para concluir con ella que no están llamados a prosperar.

Ciertamente, constituye lamentable equivocación conceptual predicar que la aceptación de la tipicidad en el comportamiento endilgado equivale a descartar el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, o que un actuar no culpable supone un reconocimiento de atipicidad; falsas premisas sobre las cuales descansan los reproches a la sentencia impugnada por aplicación indebida del numeral 4º del artículo 40 del Código Penal y exclusión evidente del artículo 11 de la Ley 66 de 1968 reformado por el artículo 6º del Decreto 2610 de 1970, que describe el hecho punible por el cual fue juzgada y absuelta la procesada María Teresa Díaz Suárez.

Una apreciación en tal sentido sólo se explicaría por la confusión de conceptos atinentes a fenómenos jurídicos como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que integran el principio rector consagrado en el artículo 5º del Estatuto Represor, conforme al cual "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad".

De acuerdo con dicho postulado, tres serían los requisitos exigidos para que determinada conducta pueda calificarse de punible: que coincida con los elementos

descritos en un tipo penal determinado (tipicidad); que cause daño al bien jurídico protegido por la norma y que no concurra ninguna circunstancia de justificación (antijuridicidad) y que el agente sea culpable a título de dolo, culpa o preterintención.

Demostrado que un comportamiento es típico porque se subsume en determinado tipo penal y se realizó en circunstancias que no lo justifican porque lesionó o puso en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley (artículo 4º *ibidem*), es preciso indagar si el autor o partícipe obró en cualquiera de las formas de culpabilidad ya señaladas (artículo 35 *ibidem*).

De lo dicho se colige que la tipicidad de la conducta no lleva forzosamente a la declaratoria de culpabilidad y consecuente imposición de una pena al autor o partícipe, pues esta sanción específica no se impone a quien haya actuado sin culpabilidad sino a quien realizó comportamiento típico y antijurídico con dolo, culpa o preterintención.

De otra manera no se justificaría la presencia en nuestro derecho positivo del artículo 40 del Código Penal consagratorio de las llamadas causales de inculpabilidad o exculpación, que conservan intacta la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento afectando únicamente su culpabilidad.

Establecido en el presente caso por el Tribunal sentenciador que la conducta atribuida a la procesada María Teresa Díaz Suárez, a pesar de adecuarse al tipo penal descrito en el artículo 11 de la Ley 66 de 1968 y 6º del Decreto 2610 de 1979, que sanciona con prisión de dos a seis años a quienes sin hallarse inscritos o registrados ante el Superintendente Bancario anuncian o desarrollan actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades municipales, metropolitanas o distritales sean o excedan de cinco; sin embargo, no resulta culpable por haber obrado dentro de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la codificación penal, esto es, con la convicción "errada e invencible" de que por el número de viviendas proyectadas no requería el permiso de la Superintendencia Bancaria, conclusión a la que arribó basado en las explicaciones vertidas por ella y Jesús Eduardo Díaz, ya fallecido, y de manera especial, en los oficios o comunicaciones librados por la Superintendencia, entidad consultada respecto a la autorización o permiso sobre las actividades de construcción y venta de vivienda por la empresa por ella codirigida.

Resulta inadmisible desconocer esa realidad fáctica y jurídica acogiéndose el libelista a posturas francamente desacertadas e ilógicas y a una forma de violación de la ley sustancial que, como la directa o inmediata, no tolera el desconocimiento de los fundamentos probatorios de la sentencia acusada ni permite el replanteamiento de los hechos procesales con miras a que sean apreciados de manera diferente de como lo fueron en el fallo protestado.

Desvió el ataque el recurrente hacia el ámbito de la violación indirecta de la ley por errores de apreciación sin enunciar dicha forma de quebranto ni menos probar la clase de yerro cometido. Las referencias al error de derecho, que no pasan de ser eso, aluden a la denominación que sobre "error esencial de hecho o de derecho" traía el Código Penal de 1936 en su artículo 23 2ª y que la moderna doctrina distingue como errores sobre el tipo o sobre la antijuridicidad.

De modo que si el *ad quem*, fundado en la apreciación razonable y coherente de los diversos elementos de convicción allegados al proceso concluyó que la subgerente Díaz Suárez obró con la convicción errada e invencible de que no requería permiso o autorización para la enajenación de inmuebles a título oneroso porque una interpretación en tal sentido "provenía del mismo ente fiscalizador de la actividad"; es decir, de la Superintendencia Bancaria no pudiendo exigírsele que se apartara de la misma para adecuar su comportamiento a los rigores de la ley; y esa postura jurídica tenida como sustento de la sentencia absolutoria no fue controvertida ni menos infirmada por el censor mediante razonamientos de estricto derecho, de acuerdo a la forma de violación escogida el cargo no tuvo comprobación y debe desestimarse.

Establecido entonces por el juzgador que no existía culpabilidad en el accionar de la procesada María Teresa Díaz Suárez porque realizó el hecho legalmente descrito como delito, con la convicción errada e invencible de que obraba conforme a derecho y esa real situación contemplada como causal de inculpabilidad por el artículo 40, numeral 4º del Código Penal quedó plasmado como pilar y soporte del fallo impugnado, no se ve cómo dicho dispositivo legal pudo ser equivocadamente seleccionado y aplicado al caso concreto.

Su correcta aplicación descarta, por elementales y obvias razones, la falta de aplicación o exclusión evidente del artículo 11 de la Ley 66 y el 6º de su decreto reformatorio tantas veces citado, aducida como cargo subsidiario a la sentencia.

No prospera ninguno de los reproches formulados.

Tercer cargo: El error de hecho manifiesto endilgado al sentenciador de segunda instancia, por un falso juicio de existencia de la escritura de venta del inmueble de que dan cuenta los autos no se evidencia por ninguna parte, puesto que el documento en cuestión fue apreciado en conjunto con las indagatorias vertidas por los sindicados y los oficios o comunicaciones emanados de la Oficina de Planeación del municipio de Chía y la Superintendencia Bancaria y la inadvertencia puesta de presente por el libelista para configurar, según su peculiar criterio, el delito previsto en la ley de vivienda (66 de 1968) no tiene los alcances ni la connotación jurídica que le atribuye; pues, una vez más se repite, que la absolución de la acusada devino de la errónea e invencible creencia de que actuaba *secundum legis* por haber sido autorizada para obrar de esa manera, con lo que "no infringió la ley de vivienda toda vez que en la actividad realizada no se configuró el supuesto cuantitativo exigido por la ley para efectos del control y vigilancia ejercidos por la Superintendencia Bancaria", como afirmó dicha entidad en concepto acogido por el fallador de segundo grado, aspecto fundamental del fallo absolutorio ignorado por el casacionista.

Tampoco 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 absolutoria recurrida por el apoderado de la parte civil, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

No resulta muy coherente aludir a una ausencia de motivación y al mismo tiempo reconocer su existencia. / La Sala, en múltiples pronunciamientos, se muestra integralmente satisfecha, en lo de las agravantes, con la mención legal de los textos respectivos, siempre y cuando la narración de las citas probatorias, el contexto expositivo, destaque con facilidad esa situación jurídica como plenamente subsumible en la realidad establecida.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8105. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 100 nov. 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993

Vistos

Se resuelve el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (julio 16/92), mediante la cual, por reconocimiento de responsabilidad en los delitos de "homicidio agravado y tentativa de hurto calificado y agravado", se impuso a Martín Alfredo Peña Cruz y Carlos Arturo Martínez Mongua diecisiete (17) años de prisión.

La demanda tenida por presentada en tiempo oportuno también ha recibido el asentimiento en cuanto a la satisfacción de las formalidades de la ley, en proveído de cuatro de febrero del año en curso.

Hechos

En la sentencia del Tribunal se lee:

"Sobre el filo de la medianoche del 23 de febrero de 1991, Martín Alfredo Peña Cruz y Carlos Arturo Martínez Mongua, quienes se desplazaban en un vehículo de tracción animal, junto con otros hombres, en proximidades del centro comercial Casa-Blanca de

esta ciudad capital, al divisar a los peatones Oscar Iván Fajardo Castro y Carlos Alberto Fajardo Mojica, les salieron al paso con claro propósito de apoderamiento de la chaqueta de cuero, color negro, que vestía Oscar Iván y como éste les ofreciera resistencia le descerrajaron la carga de revólver que empuñaba uno de ellos, produciéndose de inmediato el deceso por laceración cerebral y emprendiendo la huida los implicados en aquel medio de transporte, que cuadras más adelante abandonaron debido al cansancio del caballo y a la proximidad de la policía, que ya los seguía en un camión, siendo capturados cuando cerca y a pie procuraban sustraerse a la acción de los uniformados. En el mismo fallo se absolvió a Joaquín Millán y José Angel Peña Cruz o Marco Tulio Mulo Delgado, individuos inmovilizados en similares circunstancias de quienes a la postre fueron condenados".

La Demanda

Esta cobija, por entero, a los dos procesados.

1. Con base en la causal 3ª del art. 220 del C. de P. P. se destacan errores *in procedendo* (violación del debido proceso y violación del derecho de defensa) y se formulan estos cargos:

a) Falta de motivación.

"Dentro del auto resolutorio acusativo no se determinó ni se reseñó la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad". No basta "señalar una serie de indicios" sino que se tiene la obligación de "analizar individualmente cada hecho que (se) considere como indicio y proceder a edificar la prueba de responsabilidad con fundamento al indicio";

b) Indeterminación del tipo objetivo.

"En el caso recurrido se narra en la resolución acusatoria que indicios graves, pero no señala su conducencia para predicar la culpabilidad, dada la ambigüedad de la misma resolución acusatoria en comento, ni siquiera contiene el delito en su género, mucho menos contiene, como debería contener, el mismo delito en su especie, de contera, téngese que el juzgador de segunda instancia hace la misma evaluación incurriendo en error *in procedendo* al proferir sentencia en un juicio viciado de nulidad".

2. Y acudiéndose a la causal primera del art. 220 del C. de P. P. se predica una violación indirecta de la ley sustancial "por error en la contemplación jurídica en un falso juicio de eficacia".

Aquí se cuestiona el testimonio de Carlos Alberto Fajardo Mojica, pieza probatoria de esencial trascendencia en el fallo acusado, en cuanto a constituir "prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación".

Este testigo reconoció a los procesados en diligencia practicada en la Cárcel Distrital y luego durante la audiencia pública. Pero acudiendo a las propias expresiones de este declarante, se recuerda "que días antes de la diligencia de reconocimiento por parte de la Jueza Instructora los agentes de policía le mostraron uno por uno los sindicados al testigo", lo cual permite afirmar que "un acto legal como lo fue el reconocimiento practicado por la doctora Yadira Salazar Varón en su condición de Juez no corregía el hecho de habérsele quitado la eficacia de la prueba de reconocimiento como quiera que

lo primordial era garantizar que se dieran las condiciones para asegurar que del reconocimiento naciera la prueba de responsabilidad que había que darle toda la importancia a esta prueba y como efectivamente ocurrió el Juez tanto *ela quo* como a quien edificaron la condena en tal prueba, porque de haber sido por la captura cercana a la zorra todos los sindicados necesariamente habían sido condenados, sino que deriva esta condena en el hecho de que el único testigo reconoció a dos, entonces el error de derecho se generó en creer que el hecho de haber visto uno por uno a los sindicados antes del reconocimiento no afectaba para nada el valor probatorio de la diligencia de reconocimiento, si le han dicho o ha escuchado que bajo presión un sindicado tenga que confesar delante de un testigo y luego se recurre a la prueba de reconocimiento desbarata el valor que dentro de la sana crítica deba darle el sentenciador, por ello se exige que en la fila deban estar formadas seis o más personas, a fin de garantizar que no sea sólo el procesado quien sea mostrado al testigo para no quitarle el valor a ese reconocimiento. No puede pensarse que en nada influye el hecho de que antes de efectuarse el reconocimiento se le muestre a quien va ser sometido posteriormente a esta prueba al testigo, seguramente si la Jueza de Instrucción hubiere conocido más a fondo esta situación no hubiere realizado tal diligencia porque ya no tenía objeto la misma, era ineficaz, toda vez que con esta prueba no se podría demostrar responsabilidad porque se le había quitado la fuerza que ella representaba, no estaba facultado el juez en este evento para darle el valor al reconocimiento para con ello probar responsabilidad, que si bien dentro de la sana crítica el valor de determinada prueba radica en cabeza del Juzgador, no menos es que si hay reglas de cómo se recepciona un testimonio, cómo se hace un reconocimiento, los cuidados que debe tener el juez para que esta prueba no pierda su valor y por torpeza de colaboradores de la Justicia como son los policías, donde tiene plena vigencia el dicho: que por hacer mucho, hicieron menos, destruyeron una prueba que de no haber sido por tal error, hoy no hubiese sido censurada. El error es ostensible y manifiesto que a la simple vista salta con leer el acta de diligencia de audiencia pública y la declaración del menor Carlos Alberto Fajardo Mejica y en las anteriores exposiciones se probó en que radicó dicho error de derecho que ha servido de fundamento para la causal alegada, como también se han citado los elementos de convicción en la estimación que incurrió el Sentenciador, se ha violado la ley sustancial por medio de la prueba, y en este caso proviene de la diligencia de reconocimiento. Ya que si no se les hubiere mostrado los sindicados al testigo, otro hubiere podido ser el resultado, por las razones antes anotadas". (Transcripción textual).

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Segunda en lo Penal

Respecto de la primera de las objeciones, tiene razón el Colaborador Fiscal cuando motiva esta alegación de "discurso exorbitado, contradictorio y alejado de la realidad consignada en las decisiones censuradas", pues no resulta muy coherente aludir a una ausencia de motivación y al mismo tiempo reconocer su existencia, aunque calificándola de "anfibológica" y menos, en cuanto a exhibir las piezas fundamentales del proceso como indeterminadas en puntos atinentes a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ya que el propio defensor no cuestionó la certeza del delito de homicidio y se limitó a controvertir el de hurto, en su deducida modalidad de tentado. De ahí que, sobre el mismo tópico, se recuerde "cómo el señor defensor, al presentar la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida por el Juzgado 119 de Instrucción Criminal, allí en ningún momento puso en tela de juicio la composición

formal y material del pliego de cargos, al punto de que su inconformidad sólo se centró en criticar la configuración de un delito, la valoración jurídica probatoria realizada por el funcionario y el análisis sobre las exigencias legales para dictar la medida recurrida.

"Y dicha reprobación vista desde el ángulo de la defensa se mantuvo a lo largo de la causa del proceso, sin que de su parte se exteriorizara el más mínimo reproche que hoy en sede de casación sorpresivamente pretende hacer, pues ni siquiera así lo expresó en las explicaciones consignadas en el memorial por medio del cual interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia".

Para quien lea la resolución de cargos y la sentencia de segunda instancia, así sea de manera rápida, no podrá menos de repudiar el contenido y alcance de la demanda de casación. Incluso se corre el riesgo de entender que ésta se refiere a piezas procesales ajenas a este expediente, o las reales no se consultaron en debida forma o se trata de aparentar enteramiento bien diferente. La acusación, proferida por el Juzgado 119 de Instrucción Criminal (agosto 14/91) es notoriamente determinante, al punto que se ocupa en acápites separados de las pruebas técnicas, de las documentales, de las de carácter testimonial, de la demostración de la tipicidad y de la prueba de responsabilidad, concretando los aspectos jurídicos de las conductas de este modo, con referencia al C. Penal: "...Libro Segundo, Título 13, Capítulo I, art. 323 como tipo básico de la denominación de homicidio, conducta que evidentemente se ve agravada por los numerales 2° y 7° del art. 324 *ibidem*. Al igual que el punible de hurto, el que se halla descrito en el mismo Código, Libro Segundo, Título 14, Capítulo 1, art. 349, como tipo básico, y agravado conforme a los artículos 350 numeral 1°, y 351 numerales 9° y 10, este último en la modalidad de tentativa a voces del art. 22 *ibidem* ".

Con las descripciones de los hechos, especialmente por lo que indica Carlos Alberto Fajardo Mojica, compañero del occiso, las modalidades de la agresión (varios sujetos, empleo de arma de fuego, revólver calibre 38, posesión de vainillas de esta caracterización en uno de los procesados) y la connotación legal deducida, a la cual se ha hecho particularizada referencia, no cabe duda de que se trató de actuación innegablemente dolosa, bien definida en sus puntos de tipicidad y antijuridicidad. Agregando algo innecesario, sobre el tema de la culpabilidad, se destaca este párrafo: ". por lo demás, debe tenerse en cuenta que en su contra emerge también el indicio del móvil o motivo para delinquir, en primer término el de apoderarse de los bienes patrimoniales de la víctima, y como consecuencia lógica al éste oponerse *decidieron* quitarle la vida para poder consumar el hecho inicialmente propuesto, pero que a la postre quedó frustrado" (destaca la Sala).

Y en el mismo singularizante plano se desarrolló la sentencia ahora impugnada.

No se da, ni por asomo, ausencia de debida motivación, ni extrañamiento del perfil de los tipos objetivo y subjetivo. No resulta del todo inútil recordar que la Sala, en múltiples pronunciamientos, se muestra integralmente satisfecha, en lo de las agravantes, con la mención legal de los textos respectivos, siempre y cuando la narración, las citas probatorias, el contexto expositivo, destaque con facilidad esa situación jurídica como plenamente subsumible en la realidad establecida.

De ahí, entonces, que aparezca nítido en autos que la agresión mortal realizada contra Oscar Iván Fajardo fue para despojarlo de sus pertenencias, concretamente de su

chaqueta de cuero (art. 324-2); que a quien persiguen, le cierran todo escape, lo cogen "dos de los brazos" y le disparan, como se lee a folios 34 del cuaderno del Tribunal, sentencia confirmatoria de la primera instancia, está por lo menos en situación de inferioridad manifiesta -324 7 del C. P.-. Como también, en evidencia procesal, que el occiso recibió violencia sobre su persona (art. 350-1), que la conducta se cumplió de noche (art. 351-9); al componerse los hechos se empieza por anotar: "...hacia la medianoche (12 p.m.)", y que los atacantes fueron más de dos personas y se pretendió arrebatar algo que llevaba puesto el interfecto -art. 351-10 C. Penal.-

E. cargo se rechaza.

Y del segundo, igualmente acierta la Delegada en su réplica, pues es notoria que la invocación al error de derecho no se desenvuelve con el debido rigor, pues el falso juicio de eficacia a que alude el casacionista, que no se esclarece, puede tener afinidades con el falso juicio de legalidad (la diligencia de identificación a cargo de Carlos Alberto Fajardo no se ajustó a las prescripciones legales, pues cada uno de los aprehendidos le fue mostrado en una estación de policía) o con el falso juicio de convicción (se le dio un valor que no tenía)" o con el error de hecho por falso juicio de identidad.

De otro lado, la perturbación del análisis se acentúa cuando se utiliza la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., se cita como infringido el artículo 29 de la C. Nacional, y se argumenta con aspectos propios de la nulidad.

Resalta la inadecuación cuando prueba desechada por estar comprometida con aspectos de legal producción, se trata de descartarla por no merecer crédito, por otros aspectos, pero sin que pueda reconocerse que al juzgador le faltó cumplir con una sana crítica en cuanto a los medios de convicción tomados como fundamento del fallo de condena.

A todo lo anterior adiciónese la intrascendencia de la objeción relacionada con las modalidades del reconocimiento en fila de personas, desvirtuando por el previo y directo contacto del identificador con los procesados, en actuación predicable de la autoridad policiva. Este hecho, así se admitiera en el ámbito en que lo encaja la demanda, no sería suficiente para invalidar la sentencia. Es más: de estas diligencias puede prescindirse, y siempre subsistiría la decisión tomada por el Tribunal.

Esto se afirma por algo muy saliente en la investigación y que la alegación ante la Corte ha olvidado o ha omitido. En efecto, a lo largo del proceso campea, y así lo destacan la resolución acusatoria y los fallos de primera y segunda instancias, la demostración siguiente: ocurrido el suceso criminal la policía fue alertada y llamada a intervenir tanto por el declarante Fajardo como por vecinos del lugar. Y se suministró noticia sobre el número plural de los atacantes, el vehículo en que se movilizaban (una zorra o carro de bestia, sus características y el lugar por donde se alejaron. Por todo esto se logró la captura de los comprometidos en el homicidio agravado, a la misma hora y lugar (ver resolución acusatoria fls. 302 y 309). Concretamente se anota que "gracias a la descripción suministrada por él (Fajardo) y otros vecinos a los agentes de la policía se produjo la captura de los delincuentes (fls. 104 y ss.)". De donde no fue que Fajardo tomara a los capturados como los intervinientes en los hechos porque le fueron mostrados previamente, sino que a éstos se les aprehendió por las informaciones específicas suministradas por el testigo. La actividad de la policía, tan pronto se logró esa retención, tuvo una

finalidad de cercioramiento (hasta superflua) y al resultar ésta positiva, la inculpación ganó definitivo mérito y se consolidó como tal, inmunizándose contra futuras vacilaciones, incertidumbres, negativas, etc., que bien pudieron causarse en el deterioro que produce el tiempo sobre las percepciones, los cambios físicos de las personas, o la intimidación ejercitable sobre testigos indefensos.

No hay nada, entonces, que pueda tomarse a sobresaltos, irregularidades, abusos, destrucción de prueba. El procedimiento fue correcto, y en ese ámbito y conforme a las características de la actuación debe medirse y valorarse, para no sucumbir a aparentes e inaceptables críticas de ilegalidad.

La censura también resulta improcedente.

La delegada, por último, advierte y solicita:

"Siendo cierto que la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal" (art. 52 del C. P.), de todas maneras, conforme lo estipula el art. 44 *ibidem*, dicha pena accesoria no puede ser superior en su duración a 10 años, lo que hace lógico concluir que, en el presente caso, resulta contrario a derecho condenar a los procesados a 17 años de interdicción de derechos y funciones públicas; yerro éste que en su oportunidad no fue enmendado por la segunda instancia, procediendo a confirmar íntegralmente el fallo de primer grado.

"Entendiendo ello así y al ser evidente que el término de duración de la citada pena impuesta desconoce la limitación que al respecto señala la ley, se concluye con meridiana claridad que se afectan las garantías fundamentales inherentes a la legalidad de la pena, lo que termina comprometiendo la justeza de la sentencia.

"Al ser ello así, tal irregularidad debe ser corregida por la Corte dando aplicación a la parte final del artículo 228 del C. de P. P., debiéndose por lo mismo y en forma oficiosa casar parcialmente el fallo y consecuencialmente imponer el monto de pena que en derecho corresponde, de acuerdo con lo normado en el artículo 229 *ibidem*".

Tiene razón el Ministerio Público y así se resolverá de manera oficiosa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el pensamiento de la Delegada Segunda en lo Penal,

RESUELVE:

Casar parcialmente el fallo impugnado, esto es, únicamente en cuanto se refiere a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, la cual se fija para Martín Alfredo Peña Cruz y Carlos Arturo Martínez Mengua en diez (10) años de duración.

En todo lo demás la sentencia mantiene su efecto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / CONSULTA / *REFORMATIO IN PEJUS*

La tacha relacionada con las identificaciones fotográficas no puede corresponder a un cargo por error de hecho, sino de derecho, puesto que lo evidenciable, en la argumentación que nutre la objeción, es que la prueba se toma como aportada en contravención a lo dispuesto por la ley. / Por tratarse de sentencia consultable, este grado de jurisdicción permite al superior "decidir sin limitación alguna sobre el proceso que llegue a su conocimiento, independientemente de que ...el procesado o su defensor en condición de apelantes únicos, hubiesen intentado una decisión favorable a sus intereses".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8008. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 100 Nov. 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de diez (10) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Nacional, mediante la cual, por lo que interesa al impugnante, se impuso a Gustavo Alvarado Torres diez (10) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término.

La demanda fue admitida en proveído de catorce de diciembre del año anterior.

Hechos

El día 30 de marzo de 1990, a eso de las dos de la madrugada, el señor Alfredo José Villazón Gutiérrez, en momentos en que, en casa de Martha Maestre, situada en el barrio Garupal -ciudad de Valledupar, Cesar-, departía y apuraba algunas copas con amigos suyos, fue sorprendido por la irrupción de cuatro personas, que portaban eficaces armas de fuego, los mismos que lo secuestraron. Después, por intermedio del padre Napoleón

Becerra, se hicieron conocer las exigencias económicas de los plagiarios y se acordaron entrevistas en la casa de Orlando Mojica, hermano de Arnoldo, persona ésta que acompañó al mencionado sacerdote en su intermediación. Al fin, mediante el pago de cien millones de pesos, se liberó al cautivo.

Trámite

De éste interesa destacar que la averiguación fue avocada por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, especializado y radicado, el cual decretó medida de aseguramiento, detención preventiva, contra Alvarado Torres -mayo 23/90-, emplazó -junio 6/90- y declaró procesados ausentes -junio 15/90- a Alberto Augusto Arroyo Arias y Juan Díaz Valera. Cerrada la investigación -julio 4/90-, se calificó con enjuiciamiento -D. 180/88, art. 22- para Alvarado y Arroyo, ordenándose continuar la investigación contra Díaz. Estándose a punto de celebrar la audiencia (L. 2-84) se remitieron las diligencias a la justicia de Orden Público (Juez 20, Barranquilla), quien la asumió en febrero 26/91, conforme a lo dispuesto en el D. 2790/90, despacho que citó para sentencia, previo enteramiento a las partes, para las alegaciones de rigor -septiembre 26/91-. El 23 de diciembre de 1991, emitió fallo de condena contra Alvarado y Arroyo, a los cuales impuso diez años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de cinco años.

La Demanda

Con apoyo en la causal primera del art. 220 del C. de P. P. se acusa el fallo de violación indirecta de la norma sustancial por "error de hecho, en la apreciación de los testimonios de los declarantes Miguel José Villazón, Armando Villazón y Alfredo Villazón".

En este aparte, luego de citar a Crispín Darío Hernández (que de una vez conviene anotar nada dice respecto a la inicial pretensión crítica del casacionista: "el proceso desde un comienzo ha venido o fue construido sobre versiones"), al capitán Giraldo Delgado (untal Nelson Bernal, ex suboficial de Ejército, dedicado a actividades ilícitas, solía utilizar el nombre de Gustavo Alvarado Torres; el verdadero Alvarado, cuando estaba detrás del casino de oficiales "fue visto por los interesados quienes por la ventana del comando del Departamento lo vieron y lo reconocieron como NN Henry"), a Miguel José Villazón ("alcancé a distinguirle como una mancha o lunar debajo del párpado derecho o en el pómulo"; primero no lo identificó, cuando tenía un pañuelo, luego sí lo señaló cuando este le fue quitado, así como los lunares artificiales pintados a otros enfilados), a Alfredo José Villazón (después de suministrar algunos rasgos, no reconoce la foto del procesado fls. 38-), a Armando Villazón (había informes sobre Alvarado; "el día que me encontré con él... y llegó y me extendió la mano y me dijo mucho gusto, Henry, Gustavo Alvarado") y lo manifestado por el sentenciado termina por señalar que los "rumores" fijaron en la retina de los declarantes Villazón la imagen de Alvarado. O sea que no se atiende, en el fallo censurado, a "las premisas de donde parten los declarantes", ni menos la suplantación que se hacía de este procesado. Además, respecto de la seña facial, "en ningún momento el funcionario que hace la descripción está señalando si es en el ojo derecho o en el ojo izquierdo".

Destaca, como aspecto importante, el desconocimiento de la versión del padre Becerra y se adiciona este comentario: "En la parte pertinente al temor del declarante que dice que Henry se presentó como Gustavo Alvarado Torres 'no le dan credibilidad' como en efecto debe hacerse, ya que ningún delincuente da su nombre. Sin embargo con declaraciones forjadas y creadas en versiones callejeras se da credibilidad absoluta".

Luego se critica la identificación fotográfica, la cual no se hizo sobre un mínimo de seis fotos, pues sólo se efectuó "con la única que le tomaron al procesado". Y en cuanto a los ojos, así se tengan por claros o cafés, no llegan a ser los del sentenciado (verdes).

También se destaca, en favor de Alvarado, que éste al saberse sindicado se presentó ante el Batallón La Popa, actuación que no se compagina con una circunstancia de verdadera responsabilidad.

Como cargo subsidiario se objeta la "intensificación de la pena accesoria, lo cual prohíbe el art. 227 del C. de P. P.

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

De entrada cabría preguntarse cuál es la modalidad del error de hecho que pretende desarrollar el censor. Ni la precisa la demanda ni tampoco se logra descifrarla por la sutileza de los análisis que la demanda expresa. La Delegada se refiere, en este cometido, al falso juicio de existencia por omisión, que debe rechazarse porque la providencia se refiere a espacio a los mencionados testimonios de los Villazón y al de identidad, igualmente improcedente, porque el examen se ajustó a las reglas de la sana crítica.

Es ésta una fundamental falencia porque dificulta, por no decir imposibilita, a la Corte su apreciación e inferencias. Lo que pretende el memorialista es algo que no se ajusta a la realidad, esto es, que los declarantes obran a expensas de acondicionamientos de extrema vaguedad o equivocidad y no por experiencias propias, cuando ellos precisamente tuvieron ocasión, por las entrevistas realizadas para obtener la liberación de Alfredo Villazón de hacer observaciones directas tales que desde un principio señalaron, por lo que interesa a Alvarado, algunos de sus rasgos fisonómicos entre ellos el principal del lunar o mancha cercana a su ojo derecho, situación irrebatible al observar la foto de fl. 38 primer cuaderno y que Armando, al decir de la sentencia (fls. 38 y 46), alcanzó a ver ...del lado derecho de él mirándolo de frente como una mancha marrón debajo del párpado, "y que Miguel José apreciaba como una mancha o lunar debajo del párpado derecho o en el pómulo".

Supone, pues, el impugnador que los hermanos Villazón no ofrecen motivos ciertos del señalamiento de Alvarado, reconocidos por el Tribunal no de manera inopinada, caprichosa e ilógica sino por razones meditadas y con aplicación de una sana crítica valedera.

Ahora, que el demandante no esté de acuerdo con esta valoración es cuestión muy distinta de creer que, por sus apuntamientos personales, ha detectado un error manifiesto de hecho (?) en la sentencia del Tribunal.

Simples discrepancias, modos peculiares de manejar una probanza que, en su definitivo contraste, no desvirtúan la aceptación que reclama el fallo por la presunción

de acierto y legalidad que la acompaña, máxime cuando en la evaluación probatoria se ha respetado y acatado el compromiso jurídico de una sana crítica.

Si algo se muestra respetable es la testificación y reconocimiento de Armando Villazón, significándose la oportunidad que tuvo para saber del apelativo (Henry) que usaba Alvarado y algunos perceptibles rasgos fisonómicos, el principal el lunar que éste ostentaba, realidad incuestionable en el procesado, contra lo cual nada vale, y antes presta mérito de corroboración, el que otros aludan a "verruga" o "mancha" facial, pues lo cierto es que había una señal muy sintomática y valiosa al respecto.

Y otro tanto debe decirse de las manifestaciones de Miguel José Villazón, así como su final reconocimiento, pues las circunstancias en que se entrevistó con Alvarado y la equivocación del padre Becerra de no oprimir el suiche de los abanicos, para apagarlos, sino el de la luz, con lo cual aquél salió de la penumbra, sacan valedera la atención que el Tribunal prestó a este testimoniante. Más todavía, lo que se quiere ver como descrédito de su dicho, o sea, que fracasó en la identificación cuando Alvarado fue presentado con el rostro semicubierto, es motivo de garantía, pues si estaba tan preparado para mentir, si estaba tan aleccionado para perder a Alvarado si contaba con un reconocimiento previo en el comando de la policía, a fe que no hubiera desacertado en este señalamiento. Pero por lo mismo que actuaba sobre experiencias personales, por eso desatinó en el primer intento (cara encubierta) y acertó cuando Alvarado exhibió su rostro de manera completa, habiendo perdido por lavado el artificial lunar que a otros dos enfilados les fueran colocados como lo destaca el defensor en la mencionada acta. Conviene agregar este aparte trascendente del fallo: "las características físicas descritas por estos deponentes (Armando y Miguel José Villazón) coinciden con las descritas en la diligencia de indagatoria rendida por el sindicado Alvarado Torres".

Esto demuestra, de paso, que los declarantes no sucumbieron al rumor que vinculaba a Alvarado a actividades delictuosas o que aquéllos hayan tenido por fuente de formación el comportamiento de un tal Nelson Bernal, ex suboficial del Ejército, que dizque se aprovechaba del nombre de Alvarado, para cumplir sus personales fechorías. La intervención de los hermanos Villazón, cuando entraron en múltiple contacto con Alvarado no da campo para desfigurar la seriedad de sus comprobaciones y la importancia de sus relatos y reconocimientos.

Menos atinado resulta el apoyo del cargo en lo relacionado con el sacerdote Becerra, pues la sentencia se ocupa a espacio de su postura en este proceso, como también de la de su acompañante de confianza, Arnoldo Mejía, hermano de Orlando, en cuya casa, la de este último, se cumplió una de las entrevistas con Alvarado, y tiene ocasión de reparar en el posible motivo para acallar estos testigos toda acusación al procesado: temor, secreto de confesión, renuencia a comparecer. "Por estas razones las deposiciones juradas de estos deponentes no tienen la virtualidad de restarles fuerza probatoria a los testimonios de cargos obrantes en este expediente".

Un final comentario: si los hermanos Villazón, por razón de las entrevistas realizadas con Alvarado Torres, ya habían fijado la identidad de éste, ¿qué agregaba la ocasional visualización de aquel en el comando de la policía? No es ésta una situación análoga a la del que obtiene todos los datos del reconocimiento por ese previo enteramiento, y menos cuando las particularidades del procesado fueron expuestas antes de producirse

ese pasajero contacto visual. De otro lado, lo del bajo número de fotografías queda en mera conjetura del recurrente, puesto que lo advertible es que la autoridad empezó a mostrar fotografías y ya se sabe que los álbumes que éstas poseen superan en mucho la reducida cantidad de seis, reparándose sí que después de exhibir varias y ante la indicación de los testigos del lunar o mancha facial que la persona buscada tenía, fue que vino a exhibirse la de Alvarado porque ya había informaciones sobre su criminal malvivencia.

También debe acotarse, reproduciendo la observación de la Delegada, que la tacha relacionada con las identificaciones fotográficas no puede corresponder a un cargo por error de hecho, sino de derecho, puesto que lo evidenciable, en la argumentación que nutre la objeción, es que la prueba se toma como aportada en contravención a lo dispuesto por la ley.

Respecto de la agravación de pena accesoria, cabe advertir, también acudiendo al concepto del Ministerio Público, por tratarse de sentencia consultable, este grado de jurisdicción permite al superior "decidir sin limitación alguna sobre el proceso que llegue a su conocimiento, independientemente de que ...el procesado o su defensor, en su condición de apelantes únicos, hubiesen intentado una decisión favorable a sus intereses", citándose al respecto la decisión de esta Corporación, con ponencia del M. Ricardo Calvete Rangel (agosto 14/91), criterio ratificado en múltiples ocasiones.

Se desechan los cargos.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia acusada, ratificada ya en su origen, fecha, contenido y alcance.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

AUTOR / COMPLICE

Si el cómplice quiere participar en un robo y la intención del autor era la de un homicidio, no puede deducírsele a aquél este final resultado. / Su fundamento está en poder determinar qué quería el autor y en qué cooperaba el cómplice. / La situación que desde tiempo atrás aflige al país no auspicia criterios de benigna interpretación para los componentes de esta clase de organizaciones, pues es tanta su perversidad, tan calificada la forma de violencia que se acostumbra a emplear, tan cuantiosos los rendimientos económicos buscados, tan bien preparados los ilícitos y tan especialmente buscados sus integrantes entre el abundante núcleo de desalmados prestos a intervenir en estos cometidos, que no es aventura del raciocinio apoyar una deducción como la del Tribunal y entender la misma como una normal interpretación ante sucesos de esta índole.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación número 8033.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 101 nov. 3/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de catorce de julio de mil novecientos noventa y dos, impuso a Félix Eduardo Martínez Peña, como cómplice en los delitos de "homicidio y hurto", nueve (9) años de prisión.

Recurrida en casación, en tiempo oportuno, y presentada la demanda de rigor, ésta fue admitida en auto de veinte de enero del año en curso. Procede la Sala a resolver la ameritada impugnación.

Hechos y Actuación Procedimental

El Delegado Primero en lo Penal escribe de unos y otra lo siguiente:

"El 7 de septiembre de 1990, el señor Oscar Rodríguez Arias partió de la ciudad de Bucaramanga con destino a Medellín, conduciendo la tractomula de placas GY-2084

afiliada a la empresa Copetrán en la cual transportaba un cargamento de polietileno. Cuando transitaba en jurisdicción del municipio de San José del Pare (Boyacá), fue abordado por varios sujetos que luego de despojarlo del automotor uno de ellos pasó a conducirlo rumbo a Bogotá, mientras que los restantes llevaron al conductor hacia un paraje contiguo a la vía en donde posteriormente el día 14 del mismo mes fue hallado su cadáver. La tractomula fue encontrada en Bogotá el 13 de septiembre en el Parqueadero Marsella, situado en la carrera 68 No. 8-28. Más tarde se estableció la vinculación a los hechos delictivos de los individuos Jayson Rueda Amaya y Félix Eduardo Martínez Peña, habiéndose señalado al primero como quien negoció el polietileno sustraído con Henry Duarte Muñoz, y al segundo como la persona que hizo las diligencias para parquear y descargar el camión hurtado".

E. Sinopsis Procesal

"El Juzgado 100 de Instrucción Criminal de Bogotá, mediante auto de 19 de septiembre de 1990 abrió la correspondiente investigación penal y vinculó a la misma a Félix Eduardo Martínez Peña, Jayson Rueda Amaya y Henry Duarte Muñoz.

"Cerrada la investigación, el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Moniquirá, por medio de proveído del 18 de enero de 1991, dictó resolución de acusación en contra de Félix Eduardo Martínez Peña y Jayson Rueda Amaya como autores de los delitos de homicidio en Oscar Rodríguez Arias y hurto. En cuanto al restante procesado, Henry Duarte Muñoz, decretó la cesación de procedimiento en su favor. Posteriormente, el Juzgado Primero Superior de Tunja, por providencia del 25 de octubre de 1991, con fundamento en el artículo 501 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987), varió la calificación provisional dada a los hechos, en el sentido de proferir resolución acusatoria en contra de Félix Eduardo Martínez Peña y Jayson Rueda Amaya, cómplices de los reatos de homicidio y hurto calificado y agravado, y a la vez ordenó compulsar copias de lo pertinente del proceso para que se prosiga la investigación respecto de autores y partícipes aún sin descubrir (fls. 417 a 427 del Cdo. Org. número 2).

"Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Tunja, por sentencia del 10 de abril de 1992, condenó a los procesados Félix Eduardo Martínez Peña y Jayson Rueda Amaya a la pena principal de cuarenta y cinco (45) meses de prisión como cómplices del delito de hurto calificado y agravado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y a la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la infracción. Así mismo, fueron absueltos de los cargos formulados por el punible de homicidio.

"El Tribunal Superior de Tunja, al desatar el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo de primer grado por parte del Fiscal Primero Superior, mediante decisión del 14 de julio de 1992, lo confirmó, pero lo modificó en el sentido de condenar al procesado Félix Eduardo Martínez Peña a la pena principal de nueve (9) años de prisión como cómplice de los reatos de homicidio y hurto calificado y agravado; a la vez lo condenó a indemnizar el equivalente en moneda nacional de 500 gramos oro como perjuicios ocasionados por el primero de los delitos y 30 gramos oro por perjuicios respecto al hurto. Igualmente se ordenó la expedición de copias de la declaración de John Jairo Cabrera Torres con destino al fiscal que adelanta la investigación en contra de otras personas responsables de estos ilícitos".

La Demanda

Al amparo del art. 220, numeral primero, inciso segundo, del C. de P. P., se advierte un error de derecho con base en la admisión y reconocimiento de mérito probatorio del dicho de John Jairo Cabrera Torres, inicialmente como declarante y luego como reo confeso, todo con omisión de las formalidades exigidas por la ley.

A este fin se anota:

El Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Moniquirá (diciembre 18/90) formuló resolución acusatoria a Martínez Pero como autor de los delitos de homicidio y hurto. Sucedido el término probatorio e iniciada la respectiva audiencia pública, ésta se suspendió bajo la consideración de tenerse la calificación sumarial como ilegal, prohibiendo una (art. 501 C. de P. P.) en que se colocaba al procesado como cómplice y no como autor de los hechos. Aconteció entonces lo siguiente: el defensor de Jayson Rueda Amaya solicitó la práctica de unas pruebas, diligenciadas oportunamente, y el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Bucaramanga anunció y envió el mismo día, 28 de noviembre de 1991, "copias auténticas de la declaración de Cabrera Torres, el 17 de octubre, y de la injurada del mismo hombre el día 21 de octubre, y donde vincula a Martínez como miembro de la empresa criminal, aunque, como lo destacó el mismo Tribunal, admite y reconoce que Martínez no participó en ese homicidio, porque el hombre se había desvinculado del operativo el día viernes a las 11.00 p.m., cuando en el sitio Vado Real, jurisdicción del municipio de Suaita, Santander, tomó un bus y se fue para su vivienda en Santafé de Bogotá".

Esta actuación se estima contraria a derecho porque "ya habían precluido los términos probatorios, del sumario, del juicio y de la variación de la calificación", ya que el 14 de noviembre de 1991 se ordenaron las últimas pruebas.

También se repudia la posibilidad de apreciar esa prueba como trasladada (arts. 225 y 250 C. de P. P.), pues no se sabe de un sumario legalmente abierto para la investigación de esos hechos.

Y con fundamento en el art. 220, numeral primero, del C. de P. P. se afirma la violación directa, por aplicación indebida de una norma sustantiva, causada en una confusión de los términos autoría y complicidad, habiendo optado el Tribunal por esta última "en razón a las 'limitaciones' que impuso la resolución acusatoria; pues de lo contrario, la responsabilidad en los delitos de homicidio y hurto habría sido a título de autor".

Repasando los términos de la sentencia, esto da pie a criticar al Tribunal en cuanto a considerar a Martínez como cómplice, cuando debió respetarse el concepto de autoría. De ahí, entonces, que esa Corporación, "sin entrar en mayores disquisiciones, .. estuvo en el pleno convencimiento de que el encartado Martínez, en relación con los dos delitos, debió ser condenado como autor: jamás como cómplice; empero, por haber estado cerca del lugar y conocer de antemano el operativo, y no desistir del delito, mediante el llamado a la autoridad para informar el crimen, sino que se quedó expectante en Santafé de Bogotá para gestionar otros factores relacionados con la conducta, repito, fueron argumentos que determinaron a que, frente al homicidio, Martínez fuera un autor, pero la limitante de la calificación hacia que se hiciera 'compensación' sobre el grado de responsabilidad".

Y comenta, por contrario modo, que Martínez Peña, "en relación con el homicidio, nunca, jamás, participó en ese delito por la razón sencilla y simple de que por absoluta imposibilidad física pudo realizar ningún acto idóneo para el presunto sacrificio del señor Oscar Rodríguez. No. Es que haciendo una reflexión lógica se deduce que el encartado no estuvo presente en el momento en que se pudo ultimar al señor conductor".

Finalmente destaca que "de lo expuesto, se tiene que para el caso que nos ocupa se mdicó que la guía que Martínez hizo de la tractomula hacia el parqueadero no se hizo como ayuda posterior, bajo promesa alguna. Luego no hay lugar a la configuración de la complicidad. Pero en el remotísimo caso que se pueda comprobar esa promesa anterior a la consumación del delito, aquí la complicidad estaría condicionada al factor del resultado, pues debe partirse de un hecho axiomático, como es el que para sustraer el polietileno no estaba dentro de sus postulados el de matar al conductor. No. Tanto es así, que en forma voluntaria se retiró del lugar de los hechos, por lo menos cuatro (4) horas antes de que se produjera el presunto crimen en la humanidad del conductor. Es que ni siquiera para el más aberrado de los delincuentes puede reconocerse semejante intención. Ya si las circunstancias de reacción del conductor o algún factor extraño hacen cambiar los planes, se presenta el hecho desgraciado de su ultimación o de hacerlo desaparecer, como ocurrió en este evento. Luego si el resultado de la muerte del conductor fue ajeno al propósito de sustraer la mercancía, aquí siguiendo la enseñanza del gran maestro de Pisa, la complicidad quedaría eliminada.

"En consecuencia, el Tribunal al aplicar el artículo 24 del Código Penal, sobre la complicidad, pecó por partida doble y de acuerdo con lo traído como referencia:

"a) En primer lugar, por aquello de la 'compensación' indebida de morigerar un grado de autor, por el de cómplice, no es jurídico desde ningún punto de vista hacerlo, porque se violan de plano conceptos determinantes en torno a la forma y grado de comisión de las conductas penales, y

"b) No analizar el factor del resultado que ofrece el eximio doctrinante es un aspecto que configura un yerro grave, porque, según se vio, en esta circunstancia, no había lugar a tipificar la complicidad. Aunque, a decir verdad, esta segunda circunstancia nunca tuvo relevancia para el Tribunal, pues su atención estuvo centrada en considerar que Martínez era autor, pero como no se le podía condenar como tal, entonces se optó por 'compensar' su grado, pues para el Tribunal de todas maneras había que compecretorio con el homicidio, y para ello nada más pertinente que hacerlo como cómplice, llevándose, de paso, la filosofía de los artículos 23 y 24 del Código Penal Colombiano.

"En consecuencia, se debe precisar en torno a la causal de casación interpuesta:

"1. El Tribunal en la sentencia siempre dio a entender, y así lo reiteró, que la responsabilidad de Martínez Peña era a título de autor, es decir, estaba incurso dentro de la calificación prevista en el art. 23 del C. Penal.

"2. Sin embargo, reconoció y admitió que no podía superar el grado de calificación determinado en la resolución acusatoria; por ello, buscó 'compensar' el grado de responsabilidad; para ello, optó hacerlo como cómplice, cuando todo el análisis jurídico indicaba que no era viable, menos aún legal, hacer este tipo de modificaciones.

"3. Es decir, al aplicar el art. 24 del C. Penal, el Tribunal aplicó en forma indebida una norma sustantiva de derecho penal, porque se vio y analizó hasta la saciedad que ese grado de complicidad nunca podrá ser predicable en relación con el encartado Martínez respecto del homicidio.

"4. Cosa muy diferente, y dentro del postulado de la lealtad procesal frente a la justicia, es la condena sobre el hurto agravado y calificado, a título de cómplice. Pretender insistir en lo contrario no sería correcto ni ético; pues, quiérase o no, la explicación que dio Martínez no alcanzó a satisfacer al instructor ni a los falladores.

"5. Es por ello por lo que sorprende que el Tribunal se haya dejado influenciar por el aspecto del presunto concierto para delinquir mediante la empresa criminal. O sea que imperó en la condena contra Martínez, por la complicidad en el homicidio, un factor de responsabilidad objetiva, por aquello de un presunto antecedente, del cual no hubo determinación plena.

"6. En consecuencia, no pudiéndose configurar la responsabilidad como cómplice de homicidio, es deducible que no había lugar a considerar su responsabilidad penal: o sea, que debía ser absuelto por este delito.

"En síntesis, al igual que se dijo del primer cargo de impugnación, aspiramos a demostrar, y lo que es mejor, a llevar convicción los requerimientos, en torno a la técnica del recurso extraordinario, en la firme esperanza de que prospere la censura, y como resultado, se haga justicia exacta, en el sentido de revocar la sentencia, en cuanto hace relación a la condena por complicidad en homicidio".

Consideraciones de la Delegada Primera en lo Penal y de la Sala

Primer cargo

Advierte el Ministerio Público, con notoria lógica, la carencia de interés en el recurrente en la formulación de la censura, puesto que prescindiéndose de la prueba criticada, que vino a consolidar el criterio expresado en la reforma de la calificación (de autor a cómplice), había razón para tener por más gravosa la situación del sentenciado en favor del cual se dice acudir ante la Corte, ya que la demanda deja de ocuparse del compromiso de Martínez antes de la comentada modificación.

De otro lado se señala que "si se quería discutir con base en la prueba de autos la condición de autor del homicidio o la de partícipe, ha debido plantearse la validez de la prueba que aquí se tacha -todo lo contrario-, pues que ella demostraría la ausencia física del sitio y momento del homicidio, con lo que cabría racionalmente decir que no cometió ese delito. Pero se arguye lo contrario, y ello quita todo piso lógico al recurso de casación. O, en otro extremo, si se pensaba en que hubo una selección indebida del tipo legal imputado en la calificación -sin relación con la prueba recogida hasta ese momento- ha equivocado la vía el recurrente como que el tema sería de anulación por error en la calificación procesal, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala".

Por último, en este ámbito de la objeción, destácase que la consideración como prueba trasladada no fue el único elemento de convicción dirigido a sustentar un fallo

de condena, pues el expediente exhibe "un cúmulo de pruebas diversas que asientan la acusación y la sentencia por homicidio. Tanto, que el sentenciado como cómplice había sido tenido como autor antes de la prueba (llámese trasladada o no), y de la variación de la calificación que lo definió como cómplice. Por consiguiente, en manera alguna se afecta la presunción de legalidad de la sentencia, ni el derecho del procesado que antes se vio favorecido con la irregularidad probatoria que se plantea".

Además, la Sala debe anotar, y el aspecto marca profunda discrepancia con la Delegada, la cual en el punto se muestra coincidente con el demandante, que la forma como se incorporó al proceso la testificación de John Jairo Cabrera no contradice el ordenamiento legal y por tanto no puede desecharse.

Adviértese de entrada que la enmienda de la calificación provisional (Martínez aparecía, hasta ese momento, como coautor de los delitos de homicidio y hurto) no se produjo a expensas de esta cuestionada probanza, ya que ésta sólo aparece el 28 de noviembre de 1991 y la mencionada reforma se puntualizó en auto de veinticinco de octubre del mismo año (fls. 417 y ss.). El catorce de noviembre se atiende una solicitud probatoria de la defensa (fls. 435 y ss.) y para el mes de febrero de 1992 todavía se están evacuando esas diligencias. Para ese entonces ya se había recibido del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Bucaramanga la copia de la versión rendida por el citado Cabrera, debidamente expedida. Ya el 19 de febrero se señala fecha de audiencia (para el 19 de marzo/92 -fl. 472), cumpliéndose la misma en tal día y mes (fl. 472).

El art. 301 del C. de P. P. vigente a la época, que precisaba la actuación de las partes en cuanto a pruebas posteriores a esa variación calificatoria, fue atendido y en exceso. Pero el dispositivo no señalaba igual perentoriedad respecto a la actividad oficiosa del juez o a la prueba trasladada que súbitamente pudiera aparecer, debiéndose entender que la oportunidad para todos ellos se extendía hasta la celebración de la audiencia. Y más se afirma esta conclusión cuando se observa que las partes tuvieron casi dos meses y medio para conocer, contraprobar y controvertir la referida atestación de Cabrera, y, de otro lado, que la misma venía a contribuir en cierta forma a beneficiar a Martínez, puesto que alejaba a éste de la categoría de autor y degradaba la naturaleza de su conducta.

Tampoco debía la Sala entender tal actuación como propia a una prueba trasladada, pues los oficios de fls. 444 y 446, en especial este último, permiten caracterizar las manifestaciones de Cabrera como realizadas en ámbito judicial y con efectos penales. Y, en sentido contrario, no se da una prueba atendible, pues la posición diferente apenas aparece como simple alegación, sin mayor desarrollo, en el escrito de demanda.

No se advierte, entonces, el más mínimo desconocimiento de los derechos de defensa de Martínez, ni mengua alguna de sus garantías procesales, ni inaceptable alejamiento de las regulaciones procedimentales que incidían en el desarrollo de su juzgamiento. De ahí que las críticas dirigidas a despojar este medio probatorio de su evidente eficacia resulta tarea improcedente.

Segundo cargo

Indudablemente que despejado el ningún alcance de la primera de las censuras, esta otra pierde toda su entidad puesto que, en cierta forma, se la hace muy dependiente de aquella objeción.

Conviene advertir, y ésta es valoración compartida con la Delegada, que no porque el Tribunal pueda dejar entrever la conducta del procesado como propia a una autoría en los delitos de homicidio y hurto, inicial enfoque de la resolución acusatoria, pero termine, así fuera a regañadientes, aceptando la modificación de ese proveído para dejar el tema en una complicidad, no por eso es dable afirmar que se ha llegado con posición tal a un fenómeno de transacción o compensación, en el cual la complicidad supla lo que la autoría no alcanza, estimación ésta de hondo sentido personal que se hace servir forzada y artificiosamente a los fines del recurso de casación. Con razón el Ministerio Público destaca "que no cabe impugnar un criterio subjetivo que no se concreta en acto decisorio judicial".

Así fuera totalmente cierto, insiste la Sala, que el Tribunal disintió de la participación final establecida para Martínez, moviéndose su apetencia juzgadora más fácilmente en el terreno de la autoría, de esto no puede desprenderse una debilidad probatoria para excluir el juicio relacionado con la complicidad, porque la deducción es bien distinta, o sea, que de entreverse factores probatorios en los cuales podía asentarse una deducción de autoría, forzosamente lo que demanda la complicidad está más que satisfecho y es conclusión más sólida e incontrovertible.

El Tribunal, entonces, se ciñó estrictamente a los términos que debía acatar, conforme al contenido de la resolución acusatoria, y de ahí que le fuera fácil reconocer la complicidad no sólo en el delito de hurto (que paladinamente admite la demanda) sino también en el delito de homicidio.

Ahora bien, respecto de este último punto el impugnador crea una situación que sólo existe en su escrito y es la de señalar que el Tribunal ha confundido, de barato, la autoría y la complicidad y que carece de derroteros jurídicos para lograr esta dilucidación, lo cual hubiera logrado fácilmente de recordar una directriz carrariana, vale anotar, que si el cómplice quería participar en un robo y la intención del autor era la de un homicidio, no puede deducírsele a aquél este final resultado. Lo que aplicado al caso, en el que se quería solamente el apoderamiento de la carga de polietileno, pero no la ocisión del conductor de la tractomula en la cual se transportaba, la conducta debió contemplarse como complicidad en el hurto pero no en cuanto al homicidio. Esto es una verdad de a puño, pero su fundamento está en poder determinar qué quería el autor y en qué cooperaba el cómplice. La doctrina recoge una hipótesis ajena a lo ocurrido, investigado y juzgado en este proceso. La verdad es que el Tribunal conoce la diferencia específica de las aludidas categorías y posee acopios doctrinarios, jurisprudenciales y fácticos, para ubicarse en una y otra. No hay, pues, un estado de ignorancia, de equivocación, de olvido o de omisión al respecto. Simplemente, ha evaluado el comportamiento de Martínez y conforme a reglas de lógica y de experiencia, ha establecido que, en la situación suya, constituye torpeza dialéctica predicar de él únicamente la participación en el atentado al patrimonio económico, dejando por fuera lo realizado contra la vida de Oscar Rodríguez Arias. Y se ofrecen títulos demostrativos de esta postura conceptual: formaba parte de una organización con estas metas y propósitos; "tenía que entender que dentro del contexto de la acción estaba comprendida por lo menos la posibilidad seguramente cierta de la muerte del conductor del vehículo que iba a ser asaltado" (apreciación todavía más válida si se la enlaza con esta otra, que también se lee en el proceso: para poder llegar a Santafé de Bogotá y colocar la mercancía entre cierta clase de adquirentes, había que

contar con tiempo suficiente, lo cual se obtenía con la muerte de ese infortunado chofer); la complicidad (como la autoría) no requiere la presencia física y continuada de principio a fin de las acciones, pudiéndose deducir ésta así Martínez, después de pasar tres días a la espera de la aparición del vehículo, resolviera trasladarse a la capital pero "no porque hubiera querido desistir del propósito criminal sino porque su presencia era requerida en Bogotá por otros motivos, algunos de ellos relacionados precisamente con la acción delictiva", o "para el agenciamiento del delito".

La situación que desde tiempo atrás aflige al país no auspicia criterios de benigna interpretación para los componentes de esta clase de organizaciones, pues es tanta su perversidad, tan calificada la forma de violencia que se acostumbra emplear, tan cuantiosos los rendimientos económicos buscados, tan bien preparados los ilícitos y tan especialmente buscados sus integrantes entre el abundante núcleo de desalmados prestos a intervenir en estos cometidos, que no es aventura del raciocinio apoyar una deducción como la del Tribunal y entender la misma como una normal interpretación ante sucesos de esta índole.

Poca estima se tiene por la vida de los sorprendidos conductores, y lo que antaño fue extrema, final y excepcional solución, hogaño constituye inicial, fácil, innecesario y cotidiano apresto. El respeto por la vida propia o la de los demás es mínima y la demostración de fuerza y destrucción, así no se requiera, predomina como derroche. Así se logra mantener vencida por el pánico a una comunidad inerme, no fallar en los golpes de la delincuencia y borrar definitivamente todo testimonio de incriminación. Esta es la pauta generalizada de la criminalidad que, desgraciadamente, azota a Colombia, y ésta la realidad que reflejan los procesos y el juicio que conmueve a la judicatura, aunque no faltan quienes exhiban infantil ingenuidad, candorosa y nociva desorientación y credulidad infundada. Que los abogados de defensa tengan concepción y visión distintas es situación comprensible por el rol que les toca asumir, aunque seguramente, al momento de tener que afrontar como víctimas un atentado como el que se analiza, desaparezcan las benignas consideraciones y constituya un imposible poder atribuir a estas organizaciones criminales siquiera un adarme de misericordia, o concebir los planes de sus coautores y cómplices como condicionadas a que no aparezcan resultados de muerte, lesiones personales o secuestros.

El aspecto jurídico, la evaluación normativa o las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales, al menos en lo de distinguir la autoría de la complicidad, no puede decirse que en la sentencia acusada se presenten como confusas, contrariadas, ajenas a lo que el derecho penal entienda al respecto como tesis aceptable. Menos que el patrón ofrecido por el demandante, para analizar estos temas, sea el que deba imponerse en este caso. En abstracto éste podría representar acierto, pero la tesis, en este plano, también es la misma del Tribunal. Lo que ocurre es que el aspecto probatorio de la conducta del procesado y su vinculación al delito de homicidio es lo que viene a establecer las diferencias fundamentales, más cuando en la observación del punto la demanda no deja de apoyarse en la prueba suministrada por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Bucaramanga (atestación de Cabrera), referencia que a la Delegada la autoriza para señalar incoherencia, contrasentido, falta de legítimo interés y de descalabro en la vía escogida para la impugnación. Conviene oír su opinión:

"He ahí la contradicción conceptual en que se cae en la demanda: se quiere apoyar en el hecho de que el sentenciado no estuvo en el sitio del homicidio a la hora en que se cometió, pero ello se probó en la declaración que fue inoportunamente aportada, que sirve de sustento al cargo anterior, para lo que ha debido admitirse como tal el material probatorio en vez de discutirlo.

"Pero además al manifestar el impugnante que se dio mala aplicación al art. 24 del C. P., que señala la complicidad como grado de participación en el delito -norma medio que sirvió para que se aplicara indebidamente el tipo penal que consagra el 'cate de homicidio-, es obligatorio concluir que el precepto cuya aplicación debió dársele corresponde al contenido en el artículo 23 *ibidem*, que contempla la autoría, lo que resulta lesivo al procesado en cuanto que la pena a imponerle aumentaría, y por tanto carecería el demandante en casación de interés para recurrir.

"Lo dicho anteriormente por la Delegada sigue siendo válido: el recurrente carece de interés procesal en su razonamiento de impugnación visto que con ello desmejora la situación del sujeto procesal que representa, ya que de cómplice en que fue condenado se lo convierte en autor para efectos del recurso extraordinario. Si lo que se quiere discutir es el hecho de que el Tribunal expresó su opinión -simple opinión del juzgador- que no se convirtió en decisión judicial demandable en casación, porque estimó que el sentenciado era autor (como había sido acusado) y no cómplice, no obstante lo cual lo condena en esta última consideración, es evidente que no cabe impugnar un criterio subjetivo que no se concreta en acto decisorio judicial.

"Aquí el recurrente al formular el cargo equivocó la forma de transgresión de la ley sustancial, ya que planteó su violación por la vía directa cuando debió hacerlo por la indirecta y al analizar y criticar las pruebas no se refirió a que el fallador hubiera incurrido en error de hecho en la evaluación que hizo de los medios de convicción, ya sea por suposición, omisión o apreciación errónea de alguna probanza".

Se trata, entonces, de una discrepancia de criterios, especialmente sobre aspectos probatorios, así se pretenda llevar el asunto al inalcanzable ámbito de la violación directa, nivel crítico en el cual el demandante no ha conseguido detectar, en la providencia del Tribunal un error ostensible, ni siquiera mejorar su interpretación y menos destruir la presunción de legalidad y acierto que acompaña a ese pronunciamiento judicial, fuera de advertirse que los elementos de convicción, manejados a este fin no pueden ser objeto de un error de derecho o, finalmente, puntualizar un abandono censurable de las reglas de la sana crítica, que se manejan con tino por el juzgador de la segunda instancia.

Los cargos se desechan.

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 impugnado, ya indicado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

JUEZ DE MENORES / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / FISCAL GENERAL / TERRORISMO

Los Juzgados de Menores continúan conociendo integralmente de los procesos penales de su competencia, incluyendo los actos propios de la investigación. / La competencia que el Juez de Menores conserva durante la fase de investigación tiene como nota característica la transitoriedad que limitada queda a la completa implantación ante esos despachos judiciales del sistema acusatorio. / Como fricciones por razones de competencia son legalmente posibles en cualquier etapa del proceso, se precisa que habiéndose presentado la de que aquí se trata (Juez Regional y Juez de Menores) en la fase de investigación, su solución corresponde exclusiva y excluyentemente al Fiscal General de la Nación, bajo cuya dirección, coordinación y control supremo se encuentra la fase investigativa. / Esa competencia que en la etapa de investigación tiene el Fiscal General de la Nación, con características tan especiales, excluye automáticamente la de los restantes órganos de la Rama Judicial y en este particular evento (Juez Regional y Juez de Menores) la de esta Sala, que no tiene camino jurídico diferente por seguir que el de abstenerse de conocer de la colisión negativa de competencia trabada entre Fiscal Regional y Juzgado de Menores. / No puede la Corte dejar de consignar la perplejidad que suscita la ligereza con que el señor Fiscal Regional inició un trámite orientado a despojarse del conocimiento de unas diligencias previas que por el delito de terrorismo adelantaba contra personas mayores de edad. Y esa perplejidad va en aumento cuando se considera que la disputa de competencia la pretendía con un Juzgado de Menores, con total desconocimiento del ámbito de intervención de estos funcionarios, que circunscrito está al juzgamiento de personas consideradas inimputables para el derecho penal por razón de la edad, el cual no puede extenderse, ni aún por el fenómeno jurídico de la conexidad, hacia el comportamiento de mayores de edad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión. Radicación número 8835.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 102.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide esta Sala de la Corte lo que en derecho corresponda frente a la colisión negativa de competencia suscitada entre una Fiscalía Regional de Cúcuta y un Juzgado de Menores de Bucaramanga, en relación con el conocimiento de las presentes diligencias previas que versan sobre un presunto delito de terrorismo.

Antecedentes

1. Con base en informes policiales que daban cuenta de la posible participación de la menor Amparo Hernández Gómez en hechos relacionados con amenazas terroristas contenidas en sendos escritos colocados en las instalaciones de la Oficina de Registro y del periódico *Vanguardia Liberal* de la ciudad de Bucaramanga, la Fiscalía 25 de Menores inició la respectiva investigación mediante resolución de septiembre 3 de 1992 (fl. 2).

2. Al rendir su exposición dentro de aquel proceso, la menor Amparo Hernández Gómez incluyó cargos relacionados con la posible participación en los hechos, a ella atribuidos de dos jóvenes de nombres John Alexánder y Elías. Con tales referencias, la Fiscalía 25 de Menores ordenó la expedición de copias con destino a las Fiscalías Regionales, en atención a la naturaleza del delito a investigar (terrorismo)

3. La Jefatura de la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Bucaramanga, con base en las copias que vienen de referirse, inició "diligencias preliminares por el hecho punible de terrorismo", dentro de los cuales estableció que los imputados respondían a los nombres de Elías Calderón Duarte, con c. de c. número 91.177.140 de Girón, y Alexánder Botía Bedoya, con c. de c. número 91.173.095 de la misma localidad, y que la menor Amparo Hernández Gómez se había retractado de los cargos hechos a estas personas.

4. Llegadas las diligencias previas a conocimiento del Fiscal Regional de Cúcuta, con radicación número 4159, pronto se considera incompetente, con el siguiente argumento: "Según el análisis de las mismas no son competencia de esta jurisdicción los cargos que aparecen denunciados por el ilícito de *terrorismo* en perjuicio del periódico *Vanguardia Liberal* de la ciudad de Bucaramanga *teniendo en cuenta que la autoría de estos hechos los confiesa la menor* Amparo Hernández Gómez *y aclara en ampliación de su exposición que la sindicación hecha contra los sujetos John Alexánder N. y Elías N.*, se deben (sic) *a venganza personal por la violencia sexual ejercida contra ella por estos sujetos*" (resalta la Sala, folio 60). Ordena, por tanto, remitir las diligencias al Juzgado de Menores de Bucaramanga, "que actualmente prosigue la investigación contra la citada menor" proponiéndole colisión negativa de competencia.

5. El Juzgado de Menores de Bucaramanga, a su turno, rechaza la competencia y acepta trabar el conflicto resaltando la ausencia de base jurídica que le permitiera conocer de diligencias relacionadas con comportamientos atribuidos a personas mayores de edad, lo cual corresponde en este supuesto a la Fiscalía Regional de Cúcuta, por razón no sólo del delito de terrorismo, sino aun respecto de un posible delito contra la libertad y el pudor sexuales de la menor, del cual también dio cuenta al través de su exposición.

Con fundamento en el artículo 68, numeral 5º del C. de P. P., ordena la remisión del informativo a esta Corporación para que se dirima el conflicto.

Consideraciones de la Corte

1. *Cuestión previa*

1.1. Como en el presente conflicto aparece involucrado un Juzgado de Menores, impera precisar para efecto de la decisión a adoptar, que frente a esos despachos judiciales no se encuentra en funcionamiento el nuevo sistema de investigación introducido por la Constitución de 1991.

1.2. En relación con las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados de Menores, el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de las atribuciones legales conferidas para poner en funcionamiento el nuevo ente jurídico creado por la Carta, mediante el artículo 4º de la Resolución número 0008 del 23 de junio de 1992, dispuso: "En las Direcciones Seccionales de Fiscalía existirán Fiscales Delegados ante los Jueces de Menores, encargados de actuar ante esos funcionarios, recogiendo la prueba sobre la existencia del hecho y si está descrito en la ley penal como delito, la identidad de los autores o partícipes, debiendo entregárselas al Juez competente para que tome la medida que en derecho corresponda sin que pueda en ningún caso proferir resolución de acusación"

1.3. La existencia de esas Fiscalías Delegadas ante los Juzgados de Menores fue bastante precaria, pues por la preceptiva del artículo 1º la Resolución número 000168 de septiembre de 1992, emanada igualmente del Despacho del señor Fiscal General de la Nación, se revocó la norma que les dio vida jurídica.

1.4. Entonces, los Juzgados de Menores continúan conociendo integralmente de los procesos penales de su competencia, incluyendo los actos propios de la investigación, que la Constitución Nacional (artículo 250), el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General (Decreto 2699 de 1991) y el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), le asignan a la Fiscalía General de la Nación, de manera exclusiva, salvo los casos contemplados en la misma Carta Política para la Cámara de Representantes y la Corte Suprema de Justicia.

1.5. La competencia que el Juez de Menores conserva durante la fase de investigación, tiene como nota característica la transitoriedad que limitada queda a la completa implantación ante esos despachos judiciales del sistema acusatorio. No obstante, lo que importa para el presente asunto es que el Juez de Menores, por esa intervención en la investigación así sea transitoria, puede eventualmente resultar involucrado en discusiones de competencia con cualquier funcionario judicial que desempeñe permanente (Fiscales Delegados de todos los órdenes) o transitoriamente (Juzgados Penales Municipales, artículo 41 transitorio del C. de P. P.), funciones investigativas.

2. De la colisión de competencia

2.1. Precisado lo anterior, en cuanto a la situación en estudio se observa que la presente investigación, dentro de la cual se gestó el debate sobre competencia entre el Fiscal Regional de Cúcuta y el Juez de Menores de Bucaramanga, versa sobre un delito de terrorismo atribuido a personas mayores de edad. Las diligencias se encuentran en

etapa de "investigación previa", que con la de "instrucción" son especies del género "investigación", al tenor de lo previsto en el Libro II, Títulos I y II del C. de P. P.

2.2. Como fricciones por razones de competencia son legalmente posibles en cualquier etapa del proceso, se precisa que habiéndose presentado la de que aquí se trata en la fase de investigación, su solución corresponde exclusiva y excluyentemente al Fiscal General de la Nación, bajo cuya dirección, coordinación y control supremo se encuentra la fase investigativa. Al respecto, véase lo que en esta materia prevé el Decreto 2699 de 1991.

"Art. 22. El Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y cumplirá las siguientes funciones:

"6. Dirigir, coordinar y controlar las funciones de investigación adelantadas *directamente por la Fiscalía General*, por otros entes oficiales establecidos por la Constitución o las leyes, o por aquellos *facultados temporalmente* para el ejercicio de estas funciones, y *delimitar el campo de competencia* en cada uno de ellos" (resalta la Sala).

2.3. Obvio resulta, entonces, que esa competencia que en la etapa de investigación tiene el Fiscal General de la Nación, con características tan especiales como atrás se precisó, excluye automáticamente la de los restantes órganos de la Rama Judicial y en este particular evento la de esta Sala, que no tiene camino jurídico diferente por seguir que el de abstenerse de conocer de la colisión negativa de competencia trabada entre el Fiscal Regional de Cúcuta y el Juzgado de Menores de Bucaramanga y disponer, consecuentemente, la remisión de la actuación a la Fiscalía General de la Nación, a quien corresponde decidir lo pertinente.

2.4. Finalmente, no puede la Corte dejar de consignar la perplejidad que suscita la ligereza con que el señor Fiscal Regional inició un trámite orientado a despojarse del conocimiento de unas diligencias previas que por el delito de terrorismo adelantaba contra personas mayores de edad. Y esa perplejidad va en aumento cuando se considera que la disputa de competencia la pretendía con un Juzgado de Menores, con total desconocimiento del ámbito de intervención de estos funcionarios, que circunscrito está al juzgamiento de personas consideradas inimputables para el derecho penal por razón de la edad, el cual no puede extenderse, ni aún por el fenómeno jurídico de la conexidad, hacia el comportamiento de mayores de edad.

2.5. Un actuar como el que viene de precisarse, lejos de corresponder al característico de quien discute competencia con sustento en presupuestos claros y suficientemente evidenciados en el informativo, más se presenta como el propio de quien ligera e inconsultamente gesta una situación orientada a eludir su compromiso frente a las funciones asignadas, con las funestas consecuencias que en principio ello aparejan como la tardanza en la solución del problema planteado y la pérdida de trabajo judicial que otros procesos reclaman.

2.6. Lo dicho en precedencia apareja la expedición de copias de las piezas procesales pertinentes con destino a los órganos que dentro de la Fiscalía cumplen funciones disciplinarias, a quienes corresponde establecer si el Fiscal Regional de Cúcuta pudo

incurrir en falta de tal naturaleza al originar el trámite de que aquí se ha dado cuenta. Las copias se remitirán a la Veeduría de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 del Decreto 2699 de 1991.

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

RESUELVE:

Primero. *Abstenerse* de dirimir el conflicto surgido entre el Fiscal Regional de Cúcuta y el Juzgado de Menores de Bucaramanga, por carecer de competencia.

Segundo. *Disponer* la inmediata remisión de las diligencias al despacho del señor Fiscal General de la Nación a quien corresponde decidir lo pertinente.

Tercero. *Expedir*, con destino a la Veeduría de la Fiscalía General de la Nación, las copias a que se hizo referencia en el numeral 2.6 de la anterior motivación.

Cuarto. Comunicar lo aquí decidido a los funcionarios judiciales trabados en el conflicto para los efectos legales a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAPTURA / SANA CRITICA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO

No puede predicarse que una captura ilegal afecte la estructura del proceso respectivo, pues esto sólo acaecerá en el evento en que durante su desarrollo sufran menoscabo las garantías fundamentales. Si alguna irregularidad se produjo en la investigación preliminar, si se actuó al margen de la normatividad, si no se obedecieron a cabalidad las preceptivas legales sobre esta materia, ello sólo afectará las diligencias practicadas en esta etapa preprocesal. / El juzgador únicamente se encuentra limitado por las reglas de la sana crítica para estudiar y valorar la prueba existente en el proceso, método que impide el nacimiento de un yerro de esta especie. / Si la duda es admitida por el fallador mas, sin embargo, condena, la vulneración es directa, pues dejó de aplicar el artículo 248 del C. de P. P. Pero si el sentenciador no admite la duda, el ataque se debe hacer por violación indirecta por error de hecho o de derecho según el caso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8254.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 102.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Dec de la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Francisco Castro Castro contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero (3°) Superior de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable a título de cómplice de los delitos de homicidio y hurto, sancionándolo a purgar la pena principal de doce (12) años de prisión, más las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por el mismo lapso de la pena principal. El otro procesado, Eliécer Iriarte

Torreglosa, fue condenado como autor de las referidas conductas punibles a veinte (20) años de prisión.

Hechos

Los condensó el *ad quem* en las siguientes palabras:

"A eso de las nueve de la noche del veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa (1990) transitaba el señor Alcides Llerena Montero, en compañía de un amigo, por el barrio Fredonia de esta ciudad y fue sorpresivamente atacado por tres individuos pertenecientes a una pandilla juvenil, quienes le arrebataron un reloj de pulsera que llevaba consigo. Los atacantes se dieron a la fuga y fueron perseguidos por Llerena Montero, entonces éstos lo hicieron frente, lo agredieron a golpes y uno de ellos le propinó una puñalada que posteriormente le causó la muerte. Los agresores fueron identificados como Andrés Julio Quintana (a. Andresito), Eliécer Iriarte Torreglosa (a. el Elí) y Francisco Castro Castro (a. el Meco), a quienes se vinculó como procesados mediante indagatoria".

Sinopsis Procesal

Una síntesis acertada la realizó la Delegada. Escuchésele:

"La investigación se abrió el veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Cartagena.

"Vinculados al proceso Eliécer Iriarte y Andrés Julio Quintana se dispuso, compulsar copia de lo pertinente al Juzgado de Familia en aras a que se surtiera lo legal en cuanto al menor de edad Andrés Julio Quintana, y luego, mediante interlocutorio del doce (12) de octubre de mil novecientos noventa (1990) se resolvió la situación jurídica del otro encartado con detención preventiva.

"Más tarde, rendida indagatoria por Francisco Castro Castro, con auto del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa (1990) le fue proferida detención preventiva.

"Apelada tal determinación por la defensora, el Tribunal le impartió confirmación el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

"Practicadas algunas pruebas, se calificó el mérito del sumario el once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991) dictándose resolución acusatoria en contra de los encartados. Decisión que apelada fue confirmada por el Tribunal con proveído fechado el veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

"En conocimiento del asunto, el Juzgado Tercero Superior declaró abierto juicio a pruebas el cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) y ordenó la práctica de algunas de ellas mediante interlocutorio del veintitrés de octubre del mismo año.

"La vista pública tuvo desarrollo el veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992) y se profirió luego la sentencia de primera instancia con el resultado ya reseñado. Apelado el fallo de primer grado y desatado el recurso, finalizó con su

confirmación integral por parte del Tribunal Superior de Cartagena, pronunciamiento que es ahora motivo de la impugnación extraordinaria".

La Demanda

En el ámbito de las causales primera y tercera de casación, el recurrente propone los siguientes reproches:

Primero

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de los testimonios practicados durante las diligencias preliminares realizadas por la Dijín "...al darles a estas pruebas un valor superior al que verdaderamente corresponde", pues se consideraron como "...determinantes para establecer la responsabilidad penal de los procesados, debido a que le dieron valor excesivo al que verdaderamente tenían, o sea, servir única y exclusivamente como fundamento para decretar la apertura de la investigación". Con esta excesiva valoración se vulneró el principio de contradicción de la prueba, contenido en el artículo 29 de la C. N., por lo cual, las pruebas obtenidas en la etapa preliminar deben ser consideradas nulas de pleno derecho, pues no se les dio a los procesados la oportunidad de controvertirlas. Al finalizar aclara que el error de derecho se presentó por haber desconocido el Tribunal "...el valor que les da la norma constitucional a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso al considerar, en su análisis oficioso, de la apreciación de las pruebas hechas por el *a quo* que ellas eran válidas para pronunciar sentencia condenatoria".

Segundo

Esta vez se refiere a un error de hecho en la apreciación de algunas pruebas "...por falta de aplicación de los artículos 2º, 22, 217, 254, 294 y 445 del Decreto 2700 de 1991...". El reproche lo considera "...consecuente del anterior, puesto que una vez declarada la nulidad de las pruebas recaudadas por la Sijín quedan en el proceso los testimonios absueltos por Nieves Valderrama, Wilfrido Guerrero y Luis Herrera...", a los que les resta cualquier valor probatorio, la primera por ser testigo de "oídas" y los otros por presentar "...una serie de contradicciones que ponen en duda sus dichos...", aspecto que no tuvo en cuenta el fallador, "...puesto que tergiversó el contenido de esa prueba...". Se refiere entonces al *in dubio pro reo* advirtiendo que el *ad quem* "...incurrió en el yerro demandado, al darle un sentido de certeza, seguridad y veracidad sobre la ocurrencia de los hechos a los testimonios absueltos por José Luis Herrera y Wilfrido Guerrero, dejando a un lado las dudas que se desprenden de sus declaraciones".

Tercero

Como cargo subsidiario plantea una nulidad basada en la captura ilegal de los sindicados y critica el que el Tribunal la hubiese convalidado, pues considera "...que toda actuación que vulnere las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de las personas es insanable e inconvalidable, excepto cuando el perjudicado ha manifestado su consentimiento en aceptar la convalidación...". Para apoyar su aserto hace un relato cronológico de los acontecimientos que condujeron a la aprehensión de los encartados, como quiera que la Policía Judicial los privó de la libertad sin orden de autoridad competente y sin que los procesados se encontraran en situación de flagrancia.

Concepto del Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal

En lo que se refiere al cargo elevado con fundamento en la causal tercera, el representante del Ministerio Público advierte que en el supuesto de haberse producido algunas irregularidades en la captura de los sentenciados, ello denotaría una posible responsabilidad de los agentes del orden "...pero no permite predicar una anulación de la sentencia, que es el tema central del extraordinario recurso, como quiera que la situación fáctica no tiene, en sentir de la Delegada, influjo directo en el resultado del proceso". Retrotraer la actuación hasta el instante en que se generó el vicio procesal es inaceptable, pues "...el proceso en sí mismo no dependió de la irregularidad; *contrario sensu*, fue respetuoso de las garantías y una vez puestos a disposición del juez los sindicados, éstos gozaron a plenitud del derecho a la defensa desde la génesis hasta el final". La improsperidad del cargo, a su juicio, es evidente.

En relación con los reproches elevados con fundamento en la causal primera de casación advierte sobre la falta de técnica que exhiben. Respecto a los testimonios recogidos en la etapa preliminar destaca que lo adecuado habría sido encauzar el ataque por la vía del falso juicio de legalidad. Pero, además, observa, que desde un comienzo las dichas probanzas fueron incorporadas al proceso teniendo la defensa toda la oportunidad de controvertirlas a lo largo del mismo, sin que se hubiera preocupado por ello amén de que sufrieron el debate correspondiente en la audiencia pública. Tampoco debe prosperar este cargo, es su conclusión.

Por último, analiza el ataque que se dirige a cuestionar la valoración que se dio en el proceso a los testimonios de Nieves Valderrama, Wilfrido Guerrero y José Herrera, anotando, que pese a plantear un error de hecho al final lo desfigura convirtiéndolo en un error de derecho por falso juicio de convicción. Relieva, entonces, la limitación argumental del libelista que sólo analiza estas versiones desatendiendo los otros elementos probatorios tenidos en cuenta por el juzgador para edificar su fallo condenatorio, "...sin destacar, como le era imprescindible, la demostración del error basado en el atropello a las reglas de la sana crítica, que es el puntal de apoyo en la modalidad del específico ataque". En este orden de ideas, advierte que resulta impropio el reconocer el *in dubio pro reo*, pues no se hizo referencia a las dos hipótesis que lo hacen posible: "Primero, no se aceptó la duda en el fallo y menos los argumentos esgrimidos en la demanda demuestran que del recuadro probatorio lo hicieran refulgir por yerro cometido y endilgable al juzgador". También es de la opinión que este ataque no está llamado a tener éxito.

Por tanto, y vistos los anteriores razonamientos, solicita de la Corporación no casar el fallo impugnado.

La Corte

1. Teniendo en cuenta el orden de prevalencia que tienen las causales de casación, la Sala examinará en primer término el reproche referente a la nulidad, presentado como último por el recurrente.

Tercer Cargo

Un hecho se presenta cierto de acuerdo con la realidad procesal. Los coacusados Eliécer Iriarte y Andrés Quintana fueron privados de la libertad por la Sijin sin existir mandamiento de autoridad judicial competente ni haber sido sorprendidos en estado de flagrancia. Este hecho -según el actor- provocó la conculcación de su derecho a la libertad, una de las garantías fundamentales que tiene todo individuo, consagrada en el artículo 28 de la Carta y desarrollado en el artículo 4° del estatuto procedimental penal.

A primera vista podría pensarse que al actor le asiste la razón. Sin embargo, examinados los hechos y vistas las circunstancias que los rodearon, la posible arbitrariedad de las autoridades se diluye convirtiéndose en una simple irregularidad sin trascendencia en el proceso. En efecto, los agentes del orden tenían conocimiento de la pandilla juvenil que hacía objeto de sus desmanes al barrio Fredonia al cometerse los hechos delictuosos y sabedores de quiénes eran los responsables, actuaron con la celeridad que el caso ameritaba, reteniéndolos, para lo cual estaban facultados (artículo 192 del Decreto-ley 1355 de 1970) e inmediatamente pusieron los hechos en conocimiento de la administración de justicia. Se estaba, por tanto, frente a un hecho notorio, y como tal, era su obligación impedir que los delincuentes escaparan a la acción de las autoridades. El acierto de su proceder se comprobó posteriormente al corroborar la investigación la responsabilidad de los aprehendidos en los sucesos criminosos que se les endilgaban.

Ahora bien, tampoco puede predicarse que una captura ilegal afecte la estructura del proceso respectivo, pues esto sólo acaecerá en el evento de que durante su desarrollo sufran menoscabo las garantías fundamentales. Si alguna irregularidad se produjo en la investigación preliminar, si se actuó al margen de la normatividad, si no se obedecieron a cabalidad las preceptivas legales sobre la materia, ello sólo afectará las diligencias practicadas en esta etapa preprocesal.

En el presente caso, luego de que se privara de la libertad a Eliécer Iriarte y Andrés Quintana, se inició el proceso de rigor, guardando con severidad las formalidades legales, respetándose todas las garantías procesales y gozando los imputados a plenitud del derecho a la defensa.

Sobre el tema, finosamente se pronuncia la Delegada cuando asevera:

"La conculcación de las garantías fundamentales no se traduce siempre en aptitud anulatoria de actuaciones procesales, así no pareciera, dado que en múltiples ocasiones aquéllas se presenten en los contornos del proceso, y es el caso, bajo examen, en el que la privación ilegal de la libertad contaba con el mecanismo del *habeas corpus* contra el acto arbitrario emanado del Organismo de Seguridad del Estado, que al parecer no se utilizó. Por otra parte, si la ilegal privación de la libertad ante las autoridades policiales sin conocimiento exacto de parte de la autoridad jurisdiccional, las pruebas que podrían invalidarse serían las practicadas ante aquel organismo, ya que las adelantadas por el funcionario judicial, tal como consta en el proceso, se ajustaron a la legalidad correspondiente.

Así las cosas y con lo paradójico que sea el Defensor de Castro Castro, quien no padeció con la anomalía porque a este procesado se le privó de la libertad cuando se había

tomado la medida por el Juez que incluso en auto separado al de los otros se le resolvió luego de su situación jurídica, es preciso advertir que los actos procesales ulteriores al suceso anotado no pueden empañarse, toda vez que éstos se sirvieron y confeccionaron de manera independiente".

Recuérdese que transcurridos cinco (5) días de cometerse el punible, el instructor al tiempo que inicie la investigación de rigor, libró la correspondiente orden de captura, respondiendo a una petición de la Sijín, que le señalaba los pormenores de la aprehensión y las razones por las cuales era aconsejable que la administración de justicia las privara de la libertad, reseñando su amplio prontuario delictivo.

Por lo anterior cabe afirmar que la aprehensión misma de Andrés Julio Quintana y Aleidys Herena Montero en la etapa preprocesal sin cumplir con los presupuestos legales no vicia de nulidad el proceso que se abra posteriormente, mayormente cuando los imputados gozan en su seno de las garantías fundamentales preservadas en la Carta, pudiendo controvertir las pruebas y aportar las propias, en guarda de su derecho de defensa y de acuerdo con las reglas del debido proceso. Que fue exactamente lo ocurrido en el acto *sub examen*. No estará de más anotar que Castro Castro fue privado de la libertad después de abierta la investigación y luego de expedirse la orden de captura por la autoridad competente.

La improsperidad del reproche es evidente.

Primer cargo

Su cimiento lo conforman las versiones recaudadas por la Policía Judicial en la etapa preliminar (testimonios de Luis Rodelo Navarro, Manuela Rodelo y Martha Barbosa). Su crítica se desprende de la falta de oportunidad que tuvieron los imputados de controvertirlas, no sólo en este lapso preprocesal sino durante toda la instrucción del sumario. En este punto, el reproche es coherente. No sucede lo propio con el ámbito en el que se propone. Según el enunciado de la demanda, la violación es indirecta por error de derecho "...al darles a estas pruebas un valor superior al que verdaderamente corresponde...". Falso juicio de convicción, sin duda, que no se acomoda al desarrollo de la censura que -como se ha visto- gira en torno a una presunta violación del derecho de defensa.

La contradicción es evidente al no guardar el enunciado correspondencia con el desarrollo argumental. Si su intención era basar su tacha en la violación de una de las garantías fundamentales prescritas en el artículo 29 de la Carta, la vía natural para hacerlo era la causal tercera de casación y no la primera. El tropiezo es evidente y motiva el rechazo que es de esperar.

De todas maneras, si el rumbo conceptual hubiera guardado fidelidad a la propuesta inicial tampoco tenía posibilidades de conseguir los logros esperados. La inexistencia de tarifa legal era el escollo. Sin una exigencia normativa y apenas con los mojones de la sana crítica como criterio para evaluar las pruebas, el fallador no puede acusársele de apartarse de la ley al estimarlas. Una crítica que transite por este sendero no tiene vocación de prosperidad.

Pero los deberes de la Corte aún no terminan en lo atinente a esta fracción del texto en estudio. Resta una aclaración sobre un párrafo confuso del escrito casacional que

acaso expliquen el rumbo errático de la objeción. Según el actor, el error de derecho cometido se debió a que cuando el Tribunal evaluó las evidencias "...desconoció el valor que les da la norma constitucional a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso al considerar, en su análisis oficioso, de la apreciación de las pruebas hechas por el *a quo* que ellas eran válidas para pronunciar sentencia condenatoria".

Apenas unos cuantos renglones bastan para entender la razón del caos observado: su desconocimiento absoluto sobre lo que es el error de derecho por falso juicio de convicción. Por ello, en su intento por dilucidar el asunto acude a otros ámbitos, mezclando desordenadamente los conceptos de la causal tercera de casación e incluso apelando a nociones propias del error de derecho por falso juicio de legalidad. Así, el valor que la ley les asigna a las pruebas en general por su calidad intrínseca para demostrar hechos lo confunde con las reglas propias del rito procesal (términos, recursos, solicitudes, notificaciones, etc.) y con las formalidades que debe cumplir toda probanza para su aducción al proceso, independientemente de su contenido cuyo justiprecio hará el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Adviértase, pues, que en unas cuantas líneas el censor transitó no sólo por el falso juicio de convicción. También lo hizo por el falso juicio de legalidad (validez de las pruebas para proferir sentencia condenatoria) y por la causal tercera (violación al debido proceso).

El barullo conceptual del libelista demerita hasta el fracaso su reproche.

Segundo cargo

Temprano, cuando apenas la lectura ha recorrido las primeras frases, se advierte una nueva confusión que dará al traste con la impugnación. Según el enunciado, su inconformidad reside en una violación indirecta de la ley sustancial por *error de hecho* "... puesto que una vez declarada la nulidad de las pruebas recaudadas por la Sijín, quedan en el proceso los testimonios absueltos por Nieves Valderrama, Wilfrido Guerrero, Luis Herrera; declaraciones que ameritan un análisis para poder determinar el *error de derecho* (?) en que incurrió el *ad quem* " (cursivas fuera de texto).

La convocatoria simultánea de los dos yerros, tan disímiles en su causa como en sus efectos con relación a la prueba testimonial, provoca la perplejidad de la Sala, pues la presencia de esta dilogía impide establecer con certidumbre el real querer del casacionista. Sin embargo, se espera que sus ideas posteriores clarifiquen el panorama, reduciendo el problema a un simple *lapsus calami*.

El resumen de lo dicho por tres deponentes y sus comentarios parecen traer la lucidez esperada: el juzgador los valoró erróneamente al darles una fuerza de convicción determinada o un valor probatorio que la ley no les reconoce. El primero, por ser de oídas y los otros porque presentan una serie de incompatibilidades que causan el natural litubeo a la hora de establecer la verdad de los hechos. Sin embargo, lo que al comienzo de este aparte parecía conducir a un ámbito específico de impugnación -error de derecho por falso juicio de convicción- al final, las incoherencias reaparecen provocando la confusión que se creía superada.

Escúchense sus palabras, refiriéndose a los dos últimos testigos: "...contradicciones que no tuvo en cuenta el *ad quem* al momento de fallar, que lo indujeron a incurrir

en el yerro incoado, puesto que tergiversó el contenido de esa prueba...". La antítesis es manifiesta. De nuevo, el error de hecho por falso juicio de identidad aparejado, mejor aún, asimilado al error de derecho por falso juicio de convicción. Imposible dilucidar tal galimatías.

De todas maneras, un planteamiento impecable en el ámbito del falso juicio de convicción no hubiera producido los frutos del éxito. La ausencia de tarifa legal para esta clase de probanzas hace imposible su invocación al no poderse confrontar el mandato de la normatividad con el justiprecio judicial. Recuérdese que el juzgador únicamente se encuentra limitado por las reglas de la sana crítica para estudiar y valorar la prueba existente en el proceso, método que impide el nacimiento de un yerro de esta especie. Ahora bien: Si se hubiera decidido por el error de hecho por falso juicio de identidad -tal como parece que fue su primera intención- mucho menos hubiera sacado avantes los intereses encomendados. Jamás expresó en qué consistieron las distorsiones de las pruebas citadas. Tampoco se refirió a su trascendencia en el proceso, de tal dimensión que, con su presencia, el decurso procesal hubiera variado en favor del imputado. El descalabro era inexorable, tanto por la carencia de técnica como por la penuria argumental.

2. Resta únicamente un comentario adicional. En el párrafo final cita el quebranto del *in dubio pro reo* "...al darle un sentido de certeza, seguridad y veracidad sobre la ocurrencia de los hechos a los testimonios absueltos por José Luis Herrera y Wilfrido Guerrero, dejando a un lado las dudas que se desprenden de sus declaraciones". La pequenez del raciocinio es indudable. En apoyo del reproche no examina la realidad procesal en su conjunto, tanto la prueba de cargo como la de descargo, para demostrarle a la Sala que, sin la presencia de estas probanzas, las restantes carecían de la entidad necesaria para apoyar un fallo condenatorio. Además, al reducir la cuestión a una simple discordancia en cuanto a la valoración, aparte de resultar un desacierto por la ya comentada ausencia de tarifa legal, plantea la polémica en el terreno del enfrentamiento de tesis entre la sostenida por el Tribunal y la propia del censor, debate ajeno a la casación, donde se discute si, de acuerdo con la realidad procesal, la decisión judicial era viable y no cuál podría tener la mejor razón para proferir un fallo en determinado sentido. De otra parte, no manifiesta si la duda suscitada se enmarca dentro de la violación directa o indirecta de la ley sustancial, ámbitos posibles para alegar este fenómeno. Recuérdese que si la duda es admitida por el fallador mas, sin embargo, condena, la vulneración es directa, pues se dejó de aplicar el artículo 248 del C. de P. P.; pero si el sentenciador no admite la duda, el ataque se debe hacer por violación indirecta por error de hecho o de derecho, según el caso.

El cargo ha de rechazarse.

Casación oficiosa

Se observa en las sentencias de primera y segunda instancias que a los procesados se les impuso como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal; es decir, veinte (20) años para Eliécer Iriarte Torregrosa, y doce (12) años para Francisco Castro Castro. Tal determinación viola flagrantemente el artículo 44 del C. P., que le fija a dicha sanción un término máximo de diez (10) años. Así las cosas, y encontrándose viciada de nulidad esta determinación, este

hecho obliga a la Sala a casar parcialmente la sentencia de segunda instancia, disponiendo en su lugar que las citadas penas accesorias se extenderán sólo por diez (10) años (artículo 229-1 del C. de P. P.).

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

RESUELVE:

Casar parcialmente el fallo impugnado, en lo referente a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas impuestas a los procesados, fijándoles como término de duración diez (10) años en vez de los veinte (20) y doce (12) años, respectivamente, que se les impusieron en ella.

En lo demás, permanecerá incólume la providencia materia de este recurso extraordinario.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

AUTO DE CIERRE DE INVESTIGACION / PRUEBA / RESOLUCION DE ACUSACION / CASACION OFICIOSA

La normatividad permite que el período instructivo culmine cuando su perfeccionamiento ha sido adelantado dentro de lo posible, reservándose el Estado el derecho de ampliarlo posteriormente, si la certeza de la inocencia no campea en el proceso. No constituye, por consiguiente, causal de nulidad la carencia de algunas pruebas al momento de dar por fenecida la investigación. / No constituye una decisión inmodificable la resolución de acusación como lo tiene prevista la sistemática, se está frente a una calificación provisional de los hechos y a unos elementos de juicio que aún no han consegnido la calidad de certeza. Por tanto, la defensa aún tiene variadas oportunidades para sacar avante los intereses encomendados si la razón está de su parte. No puede considerarse que si la investigación carece de algunas pruebas el pliego de cargos no se puede dictar. / Para demostrar un yerro judicial se necesita analizar no sólo la prueba que se omitió sino también la que tuvo en cuenta el fallador para modificar la decisión cuestionada. Luego ha de enfrentarlas, dejando que cada prueba se exprese por sí misma. De tal confrontación ha de salir diáfanamente, sin lugar a hesitación ninguna o a complicados razonamientos, la falencia, de tal magnitud que tenga la capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídico-penal del imputado. / El juzgador no está obligado a verificar todas las alusiones que el acusado haga en su defensa. Como es apenas obvio, las que muestren la posibilidad de trascender en el proceso por arrojar nuevas y mejores perspectivas deben llamar la atención del instructor, quien ha de ahondar sobre ellas. / La Corte no puede entrar a estudiar en detalle cada proceso que llegue a raíz del recurso extraordinario de casación. Ello equivaldría a transformar su rol en una tercera instancia, desvirtuándose el carácter excepcional que la ley le asigna en estos menesteres. Unicamente si al transitar por el camino que la demanda le demuestre, encuentra a su paso la estructuración de una nulidad, corregirá el entuerto pese a que el casacionista no la hubiere encontrado. Pero no puede pretenderse que suplante el papel del demandante, transformándose en parte actora del escrito, prohijando una coadyuvancia espuria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8303

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 102.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Ernesto Rodríguez Morales contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintitrés Superior de la misma ciudad, que lo encontró responsable, a título de autor, de un delito de homicidio simple, sancionándolo a purgar como pena principal la de diez (10) años de prisión. En lo referente a las accesorias, confirmó la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y la del pago de los perjuicios causados con el punible, pero revocó la suspensión de la patria potestad.

Hechos

El compendio realizado en las instancias refleja con propiedad la realidad procesal:

"Ocurrieron a eso de las once y media de la noche del día veintidós (22) de abril, en la Taberna Restaurante llamada 'Rincón de los Recuerdos', la cual se encuentra ubicada en la calle 8ª No. 52-38, barrio San Rafael de esta ciudad, cuando el ciudadano Jairo Espinosa Chávez, acompañado de su amigo José Elmer Portilla Hernández, dialogaban y departían algunos tragos, se hizo presente José Ernesto Rodríguez Morales, quien sin mediar motivo justificable sacó su arma de fuego, la cual disparó en la integridad física de Espinosa Chávez, entrando el proyectil en la línea media pómulo izquierdo, alojándose en el lóbulo occipital, lesionando piel, hueso maxilar superior izquierdo, hueso temporal y esfenoides, laceración lóbulo témporo-occipital del mismo lado, falleciendo por laceración cerebral secundaria a herida por proyectil de arma de fuego".

Sinopsis Procesal

El Ministerio Público hizo la síntesis de rigor. Escúchesele:

"Cumplido el levantamiento del cadáver de Jairo Espinosa Chávez en la morgue del Hospital San José y repartida la investigación al Juzgado 42 de Instrucción Criminal de la época, previa la práctica de diligencias preliminares y oídos los testimonios de José Helmer Portilla Hernández, Hernando Espinosa González y Hernán Vásquez Ovalle, fue normalmente abierta la investigación y vinculando mediante indagatoria a José Ernesto Rodríguez Morales. Una vez practicada diligencia de reconocimiento en fila su situación jurídica se resolvió con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio, mediante auto del 20 de junio de 1989.

"Previa la calificación sumarial fue oído en ampliación de indagatoria al procesado, oportunidad en la cual, contrariamente a su postura inicial de negativa total frente a las imputaciones en su contra, ahora confesó el hecho, afirmando, no obstante, que el disparo lo había producido solamente por asustar al individuo con quien discutiera. El veintinueve (29) de septiembre de 1989 fue proferida resolución acusatoria en su contra por el delito de homicidio.

"Abierto el juicio a pruebas por el Juzgado Veintitrés Superior, el doctor Manuel Ignacio Cuervo Galindo solicitó la práctica de algunas, las cuales fueron negadas por cuanto estimó el Juez que además de no indicarse en forma clara y precisa su objeto, las pedidas resultaban absolutamente improcedentes. Contra esta determinación se interpuso recurso ordinario de reposición y en subsidio apelación, negando el primero, fue concedido el segundo y por razón de haberse desistido del mismo, el Tribunal Superior se abstuvo de resolver en consecuencia.

"Sustituyó al Dr. Cuervo Galindo el Dr. Quiceno Betancur, quien reiteradamente solicitó la nulidad del proceso por haberse violado el derecho a la defensa de su protegido, con fundamento en el hecho de omitirse la práctica de algunas pruebas de interés a la investigación, hallando negativas sus pretensiones por los jueces de primera y segunda instancias, salvo en lo concerniente a la ampliación de la indagatoria del implicado que, aceptada, se cumplió.

"Después de fijarse en múltiples oportunidades la fecha para la celebración de la audiencia pública, finalmente ésta se rituó y el Juzgado 23 Superior puso fin a la primera instancia condenando por el delito de homicidio a Rodríguez Morales, negando a su vez la nulidad solicitada nuevamente por la defensa: decisión confirmada en lo fundamental por el Tribunal Superior al desatar el recurso de alzada que fuera interpuesto por la defensa.

"Esta es la decisión respecto de la cual manifiesta su inconformidad el procurador judicial del procesado, interponiendo el recurso extraordinario de casación".

La Demanda

El recurrente plantea tres reproches bajo el auspicio de la causal tercera de casación contemplada en el artículo 220 del C. de P. P.

Primero

Considera que la primera sentencia se dictó a sabiendas de que se inspiraba en dos providencias anteriores totalmente viciadas de nulidad: el auto de cierre de investigación que se profirió pese a faltar muchas pruebas por practicar y la resolución de acusación que, por tal motivo, tampoco podía dictarse.

Luego de transcribir a un tratadista nacional para ilustrar el principio de eventualidad o preclusión que organiza el proceso en varios períodos fundamentales, constituyéndose unos en presupuesto de las actuaciones subsiguientes, y luego de resaltar que otro de los principios que orientan el proceso penal es el derecho a defenderse "pero probando", advierte que se incurre en nulidad cuando por pereza o desidia de los jueces se omite la práctica de pruebas relevantes para el derecho de defensa.

Se dedica, entonces, a señalar las probanzas que se dejaron de practicar en el proceso y que, a su juicio, eran favorables a los intereses de su defendido: inspección judicial con reconstrucción de los hechos, dictamen de balística (posición y distancias de los protagonistas), ampliación de varios testimonios (José Portilla, Hernán Vásquez y Juan Pineda) y recepción de otros (Leilberto Rodríguez, Luis Rayo, Orlando Chinchilla y Nohemí Córdoba). Con su práctica afirma se hubiera descubierto que el occiso no estaba "pasivamente sentado" sino de pie, y que no hubo irrespeto suyo a Nohemí Córdoba.

Por consiguiente, solicita que, antes de proferir el fallo de fondo, la Corte declare que la denegación de pruebas constituye "un verdadero acto de atropello", que la prueba de cargo no fue confrontada "con el resto del material" y que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad por haberse violado el debido proceso y el derecho de defensa.

Segundo

Acusa la sentencia de segunda instancia así como la resolución de acusación por cuanto -sin verificar las citas del imputado- se entró a cerrar la investigación. Luego de transcribir apartes de fallos de la Corte, del artículo 219 del C. de P. P., y del artículo 386 del estatuto anterior, señala los derechos del imputado, obligándose el funcionario a recibirle ampliaciones de su injurada, conforme a lo dispuesto por el artículo 383 del C. de P. P., así como verificar las citas que haga, obligación contenida en el artículo 384, *ibidem*.

En seguida pasa a referirse a la inspección judicial que debió haberse practicado en el lugar del suceso criminoso para "desenmascarar" las contradictorias versiones de "los amigos del dueño de la taberna". Ulteriormente, en un acápite que denomina "incidencia del abuso de autoridad o denegación de justicia por falta de verificación de citas", critica al fallador por demeritar la confesión del imputado sin comprobar los verdaderos hechos al través de los testimonios de los meseros del establecimiento, destacando que si su poderdante se presentó tardíamente al proceso, "no es menos cierto que su antiguo defensor le aconsejó que denegara todo". Algo más: "tanto a Nohemí como al resto de deponentes se le (sic) prohibió que declararan", pero eso no lo excluye del derecho de defensa.

Finaliza este aparte calificando la recepción de varias ampliaciones de la injurada como una burla del derecho de defensa, impetrando de la Sala que haga las siguientes manifestaciones: la constatación de las citas del imputado para lo cual era menester una inspección judicial; el contrainterrogar a José Portilla, Hernán Vásquez y Juan Pineda, y oficiar a Medicina Legal para "establecer la posición y distancias de los protagonistas", todo lo cual, de haberse realizado en la actuación, hubiera desmoronado el "presupuesto de condena". Por tanto solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que decretó el cierre de la investigación.

Tercero

Lo enuncia como "Nulidad por imputación de cargos con violación del principio lógico de no contradicción" por cuanto el sentenciador profirió su fallo a sabiendas de que el proceso estaba viciado de nulidad. Explica que su cliente quiso controvertir el peso de la prueba testimonial al través de la inspección judicial y el contrainterrogatorio de Portilla Vásquez y Pineda, pero no pudo hacerlo porque toda oportunidad de defensa fue "taponada".

Concreta su ataque detallando que los citados declarantes colocan al extinto como sentado en la barra del establecimiento, cuando en verdad los insultos y combates se produjeron cuando se encontraban de pie los protagonistas, por lo que "la lucha sólo podía ventilarse dentro del marco general de una riña imprevista no pactada intencionalmente para provocar efectos, como lo pregona la sentencia recurrida". En

consecuencia, solicita se case la sentencia, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación. Finaliza su intervención poniendo en relieve que la diligencia se llevó a cabo sin notificar "para sorprender al cautivo" y pidiendo se "reexaminen los procedimientos utilizados en el auto de cierre de investigación" así como "los traslados de dictámenes a Medicina Legal a efecto de concluir si mi cliente tuvo la oportunidad de controvertir o impugnar el contenido de tales actos"

Al margen de los reproches, el actor invita a la Sala a pronunciarse oficiosamente sobre posibles irregularidades presentes en el proceso. Le solicita, en consecuencia, examinar toda la actuación, encontrar los vicios que contenga y decretar las nulidades de rigor.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Destaca, en primer término, la propia visión que presenta el censor tanto de los hechos como de los avatares del proceso para acomodarlos a su visión particular, instando a la Corte a ejercer su facultad oficiosa de pronunciarse en el ámbito de la causal tercera, olvidando que, precisamente por ello, no constituye dicha circunstancia una causal de casación a la que los defensores pueden acogerse, insinuación "fuera de lugar y que mengua de toda coherencia y seriedad los cargos que en líneas adelante formula el casacionista".

A continuación precisa que la inconformidad del recurrente se reduce a no haberse practicado algunas pruebas, deduciendo de ellas recortadas e hipotéticas consecuencias, sin demostrar que "su recaudación pudiera haber modificado el criterio evaluativo de aquellas que obtrando válidamente en el plenario sirvieron de fundamento al fallo de condena".

Respecto al primer cargo, reconoce el Ministerio Público que las pruebas mencionadas por el censor se evacuaron en las instancias, y que en la etapa probatoria del juicio otras fueron denegadas por no haber señalado el defensor lo que perseguía acreditar con ellas, y aunque apeló de la decisión, oportunamente desistió del recurso, negándose su realización en otras oportunidades por su inconducencia manifiesta, criterio que comparte la Delegada, tildando su petición de "impertinente", pues en nada cambiaría la situación procesal del acusado establecer si el occiso se levantó o no de la silla. A más de ello, destaca las múltiples contradicciones del acusado en sus diversas intervenciones, lo que motivó su rechazo temprano. Como quiera que estas consideraciones son válidas para los restantes reproches, se exime de repetir sus planteos cuando entre a examinar cada objeción en particular.

En cuanto al segundo cargo aclara que las citas que no fueron verificadas se refieren a las mismas probanzas que detalla en el primer ataque, por lo que su desestimación resulta inmediata. Además, relieva que la obligación de confirmar tales referencias se concreta en aquellas que resulten trascendentes para el proceso, apoyando su tesis en un fallo de la Corte.

En relación con el tercer reproche, asegura que en el expediente se resguardó siempre el derecho de defensa haciendo posible las diferentes intervenciones del reo, al través de memoriales que fueron oportunamente resueltos, así como la intervención de sus apoderados "quienes activamente cumplieron su mandato". Y, aunque el demandante

muestra su desacuerdo con la intervención del profesional que lo antecedió en la defensa, ello no constituye un vicio procesal ni menos una violación al derecho de defensa.

Finalmente, la Delegada tilda de "irresponsable" al actor por calificar de "abuso de autoridad" la negativa de practicar las pruebas en referencia y señalar inopinadamente que hubo "denegación de justicia", expresiones falaces que ya ameritaron la compulsación de copias para investigarlo disciplinariamente cuando en forma similar las vertiera al incoar la apelación contra la sentencia de primera instancia y que obligarían ahora a tomar igual determinación. Tales, las razones para solicitar de la Sala no casar el fallo impugnado.

La Corte

Primer Cargo

Según el aserto que predica la demanda, el fallo cuestionado se inspiró en dos determinaciones que estaban viciadas de nulidad: el auto que declaró cerrada la investigación y la resolución de acusación. "La escalada de pruebas sin practicar" es la razón que esgrime para resaltar la inconveniencia de dar por fenecida la etapa de instrucción. Como vulnerado señala el derecho de defensa, pues las pruebas omitidas (inspección judicial con reconstrucción de los hechos, examen de balística, ampliación de algunos testimonios, etc.) tenían la capacidad de demostrar la inocencia del acusado.

Aunque es cierto que las probanzas en mención no fueron practicadas en el decurso procesal, también lo es que su aporte al esclarecimiento de los hechos no es fundamental. Recuérdese que incluso la defensa cuando solicitó su práctica no pudo demostrar su importancia, hecho que llevó al Juzgado a rechazar su realización en la etapa del juicio. La sinrazón del pedimento condujo a que el mismo abogado desistiera del recurso de apelación.

Ahora bien, la Sala llama la atención sobre la singular posición del casacionista, quien considera que solamente la indagación culminada en su totalidad amerita su cierre. De lo contrario, a su juicio, cualquier decisión que se tome con fundamento en ella se encuentra viciada de nulidad. Si así fuera, quedarían sobrando ciertas determinaciones como la reapertura de la investigación o la apertura del juicio a pruebas e incluso sería una previsión innecesaria permitir que, en la audiencia pública, se pudieran aportar nuevas evidencias.

Como esta situación ideal no es posible es por lo que la normatividad permite que el período instructivo culmine cuando su perfeccionamiento ha sido adelantado dentro de lo posible, reservándose el Estado el derecho de ampliarlo posteriormente, si la certeza de la inocencia no campea en el proceso. No constituye, por consiguiente, causal de nulidad la carencia de algunas pruebas al momento de dar por fenecida la investigación. Recuérdese que las nulidades son el remedio extremo para corregir un agravio cuando no existe otra posibilidad de subsanarlo. Si aún la investigación podría verse enriquecida con otros medios probatorios, le queda siempre a la defensa la opción de hacerlos valer en la etapa del juicio que otorga momentos especiales para alegarlos en tanto se logre demostrar su trascendencia en el asunto. Tampoco constituye una decisión inmodificable la resolución de acusación como pretende mostrarla el casacionista. Como lo tiene prevista la sistemática, se está frente a una calificación provisional de los hechos y a unos

elementos de juicio que aún no han conseguido la calidad de la certeza. Por tanto, la defensa aún tiene variadas oportunidades para sacar avante los intereses encomendados si la razón está de su parte. No puede considerarse que si la investigación carece de algunas pruebas, el pliego de cargos no se pueda dictar. Olvida el recurrente que para sustentarlo se requiere contar con algunas probanzas concretas de carácter grave. Si estos requisitos se cumplen -como sucedió en el presente caso- cobra plena eficacia legal, independientemente de si en el discurrir de la actuación ellos se vean desvirtuados por pruebas contundentes que demuestren lo contrario.

Así las cosas, debese pregonar que tanto el auto que declaró cerrada la investigación como la resolución de acusación se dictaron con fundamento en el adelantamiento adecuado de la instrucción y de acuerdo con el análisis que hizo el despacho judicial del recaudo probatorio existente. Desde este punto de vista la razón no le asiste al actor y concita su reproche, el ataque formulado.

Pero la Sala aún no termina su tarea. Dos inquietudes aún debe comentar. La primera tiene que ver con la presentación que hace el actor de los argumentos que pretenden sostener su tacha. Aparte de los términos utilizados, se limita a comentar la actuación procesal, estableciendo a su acomodo lo que él considera debe concluirse de todo ello. Olvida que para demostrar un yerro judicial necesita analizar no sólo la prueba que se emitió sino también la que tuvo en cuenta el fallador para edificar la decisión cuestionada. Luego ha de confrontarlas, dejando que cada prueba se exprese por sí misma. De tal confrontación ha de salir, diáfanamente, sin lugar a hesitación ninguna o a complicados razonamientos, la falencia, de tal magnitud que tenga la capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídico-penal del imputado. Empero, la pequedad argumental que exhibe el libelo es ostensible y es otra de las causas fundamentales para predicar el rechazo de su ataque.

Ahora bien -y ésta es la segunda inquietud- la Sala no encuentra seriedad alguna en un escrito que en vez de preocuparse por analizar con serenidad y ponderación el fallo judicial, demostrando con la lógica de la razón el tropiezo del fallador, se dedica a llenar los renglones con epítetos ofensivos que, aparte de agredir a la administración de justicia, en nada ayudan a los fines perseguidos al invocar el recurso extraordinario. Calificar de auténtico "atropello" el auto que cerró la investigación, o de "denegación de justicia" el no haber practicado algunas probanzas, explicando que ello se hizo "para justificar los denunciados efectos del atropello", o que la sentencia de primera instancia acolitó "la aseveración sobre inexistencia de nulidad alguna hecha en la resolución de acusación, entre otras expresiones, es afirmar que el prevaricato signó las decisiones de los falladores. Con estas aserciones, que mejor sería calificar de denuestos, pretende postrar a los falladores que no comparticen sus puntos de vista. Si el letrado consideró que existió un ánimo torticero en ello, debió acudir a las autoridades competentes para denunciar estas conductas, pero no proceder como lo ha hecho ahora, y como lo hizo en el pasado con ocasión del recurso de apelación que interpusiera contra la sentencia de primera instancia.

No cabe duda de que estas nuevas frases desobligantes e injuriosas ameritan la compulsación de copias a fin de que se investigue disciplinariamente al recurrente.

No prospera el ataque.

Segundo Cargo

No es sino una variante del anterior; pues, de nuevo, la omisión probatoria es la fuente de su inconformidad. Esta vez, fueron las citas que el sindicado hizo en su injurada las que no se tuvieron en cuenta toda vez que el instructor no se preocupó por corroborarlas. Como quiera que se refiere a las mismas probanzas que ya fueron objeto de discusión en el acápite anterior, persistiendo la escasez conceptual y los términos descomedidos, baste la respuesta dada en su momento para desestimar este reproche.

De otro lado, valga puntualizar -como oportunamente lo recuerda la Delegada- que el juzgador no está obligado a verificar todas las alusiones que el acusado haga en su defensa. Como es apenas obvio, las que muestren la posibilidad de trascender en el proceso por arrojar nuevas y mejores perspectivas deben llamar la atención del instructor, quien ha de abocar sobre ellas. Pero cuando la libertad de declarar refleja apenas el simple deseo de evadir la acción de la justicia, presentado un cuadro acomodado de la realidad o resaltando situaciones inverosímiles o de extrema debilidad frente a la prueba de cargo, las alegaciones que en este sentido se hagan se toman simplemente como el natural deseo del imputado por justificar su actuación, recibiendo el rechazo consiguiente.

Ahora bien -y en esto peca por defecto el planteo del actor- su cuestionamiento se limita a presentar estas citas y a señalar que a ellas no se les prestó ninguna atención. Magro fundamento. Para alegar la nulidad con base en estas carencias, el libelista -como ya se dijo- ha de mostrarle a la Sala la importancia de tales pruebas confrontándolas con las tenidas en cuenta por el fallador. De este examen, la prueba de cargo ha de sufrir desquiciamiento total, sin más ayuda que la expresión de las probanzas mostradas por el censor. Su silencio impide establecer el aserto y, como el anterior, el fracaso es la respuesta.

Tercer Cargo

Antes de entrar en materia conviene hacer una aclaración al enunciado del ataque. Según el casacionista, el no haber tenido el imputado la oportunidad de controvertir las pruebas dio lugar a que se violara el principio de no contradicción. La confusión es evidente. El principio invocado enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, cuestión por completo ajena al derecho que le asiste al inculpado de conocer y discutir las pruebas que se esgrimen en su contra.

Pues bien: examinado el proceso con atención se observa que, a diferencia de lo que asevera el texto del libelo, en ningún momento se le conculcó a Jorge Ernesto Rodríguez su derecho a defenderse. Tuvo en todo momento la ocasión de presentar -y así lo hizo- toda clase de memoriales, interponer los recursos pertinentes y conocer el discurrir del proceso. Tampoco puede asegurarse, como alegremente lo asegura el actor, que el antiguo apoderado judicial del imputado no cumplió con sus deberes y dejó a la deriva los intereses encomendados. Por el contrario, fue acucioso y responsable. Su actividad la reconoce el propio demandante aunque le da una connotación diferente, calificando su desistimiento de la apelación como una venganza por haberle revocado el mandato conferido.

Si las intervenciones de los abogados no tuvieron la fortuna que esperaba el procesado, ello no significa que el derecho de defensa haya sido vulnerado, ni tampoco

es censurable el que las actuaciones de aquéllos no hayan seguido el curso que el casacionista les reprocha. Actuaron de acuerdo con su leal saber y entender y el hecho de que el demandante no esté de acuerdo con la estrategia seguida, no estructura una causal de nulidad como éste lo asevera por medio de su escrito.

Tampoco tiene vocación de prosperidad este reproche.

Una apostilla final

El censor, prevalido de la facultad oficiosa que tiene la Sala en los predios de la causal tercera, invita a la Corporación a estudiar el expediente y a reexaminar toda la actuación en busca de irregularidades que afecten el proceso. Con tal sugerencia pretende suplir su deber de mostrar con suficiencia y claridad las razones que le indican que alguna causal de nulidad se encuentre imperando en la actuación.

Ha de recordarse al actor que la Corte no puede entrar a estudiar en detalle cada proceso que llegue a su conocimiento por la interposición del recurso extraordinario de casación. Ello equivaldría a transformar su rol en una tercera instancia, desvirtuándose el carácter excepcional que la ley le asigna en estos menesteres. Unicamente -se repite- si al transitar por el camino que la demanda le muestre encuentra a su paso la estructuración de una nulidad, corregirá el entuerto pese a que el casacionista no la hubiese encontrado. Pero no puede pretenderse que suplante el papel del demandante, transformándose en parte actora del escrito, prohijando una coadyuvancia espuria. El pedimento, por tanto, merece un rechazo enérgico.

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

RESUELVE:

1. *No casar* el fallo impugnado.

2. *Ordenar la compulsación de copias* con destino a la autoridades competentes a fin de que se investiguen las posibles faltas disciplinarias en que pudo haber incurrido el doctor Hirlan Quiceno Betancur en su demanda de casación de acuerdo con los motivos expresados en la parte considerativa de este proveído.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

DEMANDA DE CASACION

En casación, no de cualquier error debe tratarse; pues si la sentencia está protegida por la doble presunción de acierto y legalidad, el error que logre derrumbarlas ha de ser necesariamente ostensible o manifiesto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7933.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 100 nov. 2/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de mayo de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó al procesado Nelson Bautista Parodis Pertuz a la pena principal de 21 años de prisión, por los delitos de homicidio y hurto.

Antecedentes

En Cartagena (departamento de Bolívar), alrededor de las 10:30 de la noche del 6 de mayo de 1990, cuando el taxista Jairo Antonio Castro Mora se hallaba en la terraza de la taberna Wikán, fue abordado por tres sujetos que le solicitaron una carrera, petición a la que accedió Castro Mora, quien se movilizaba en el taxi Renault 4 amarillo de placas RE-1617. El conductor y el vehículo no volvieron a aparecer, lo que condujo al propietario del mismo a formular la denuncia respectiva. El día 9 del citado mes fue encontrado el cadáver de Castro Mora (presentaba 2 balazos en la cabeza) en la carretera que lleva de Cartagena a Barranquilla, montándose entonces el operativo policial de rigor, en desarrollo del cual fue localizado el referido vehículo al día siguiente en la casa de Carlos Pájaro Peñaranda (carrera 81 No. 13-44 de Cartagena), estableciéndose que había sido llevado allí en la noche del 6 por un sobrino suyo llamado Leonardo Puerta Pájaro y por el agente de la policía que vestía de civil Nelson Bautista Parodis Pertuz. También se estableció que este último había pintado parte del automóvil de otro color y que le había cambiado dos de sus puertas.

El mismo 10, la policía capturó a los mencionados Parodis Pertuz y Puerta Pájaro, y los puso a disposición de la justicia, junto con el taxi. Dentro de los testimonios allegados

por la policía figura el del taxista Julio César Villalba Fernández, quien vio cuando tres hombres tomaban el taxi conducido por Castro Mora (fl. 33 del cuaderno No. 1).

El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Cartagena abrió investigación por esos hechos (fl. 41) y escuchó en indagatoria a los capturados (fls. 66 y ss., 148-1). Parodis Pertuz dijo haber comprado el aludido taxi a un señor "José Luis", y Puerta Pájaro señaló que llevó el taxi adonde su tío Carlos por favor que le pidió Parodis Pertuz. Ambos negaron, pues, el hurto y el homicidio, delitos de los cuales sostuvieron no saber nada.

Practicadas otras pruebas, se dictó auto de detención contra Parodis Pertuz, absteniéndose el Juzgado de proferir medida de aseguramiento respecto de Puerta Pájaro (fls. 89 y ss.-1). Se realizaron otras pruebas, se cerró la investigación (fls. 190-1) y se la calificó mediante auto de 3 de septiembre de 1990 (fls 195 y ss.) con resolución acusatoria contra Parodis Pertuz por los delitos de homicidio y hurto, de conformidad con los artículos 323 y 324-2, 349 y 351 del Código Penal. Como indicios para esta decisión estimó el Juzgado los siguientes:

a) Haberse encontrado en su poder el taxi hurtado;

b) Haber cambiado el procesado la apariencia del vehículo;

c) El hallazgo del cadáver al lado de la vía que conduce a Barranquilla;

d) Haber contratado Parodis Pertuz, la misma noche de los hechos, un latonero para "camuflar" el taxi (fls. 202-1);

e) Haberse mostrado el procesado nervioso ante Puerta Pájaro y conducir el taxi hurtado a gran velocidad;

f) Haber llevado dicho taxi a la casa de Carlos Pájaro Peñaranda la noche en que desapareció el vehículo con su conductor, aproximadamente a la medianoche.

En la misma providencia ordenó reabrir la investigación respecto de Puerta Pájaro.

Apelado el proveído por el defensor de Parodis Pertuz, el Tribunal, mediante auto de 22 de marzo de 1990 lo confirmó, acogiendo así la petición del Fiscal. A los indicios señalados por la primera instancia, agregó el Tribunal los "contrasentidos" que contiene la indagatoria del mencionado procesado.

2. El Juzgado Segundo Superior de Cartagena practicó algunas pruebas, celebró audiencia el 7 de febrero de 1992 (fls. 1 y ss.-3), y el 2 de marzo subsiguiente dictó sentencia en consonancia con el auto de acusación (fls. 64 y ss.-3). Así condenó a Parodis Pertuz a 21 años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, al pago de los perjuicios y negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, el Tribunal lo confirmó enteramente (fls. 41 y ss.-4). Inconforme con esa determinación, el defensor interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo del numeral primero, cuerpo segundo, del artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el actor dice: "La sentencia condenatoria es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por manifiestos errores de hecho en la apreciación de la

prueba indiciaria de cargo al distorsionar o tergiversar el sentido del acervo indiciario (ilogicidad manifiesta en las conclusiones o deducciones que el sentenciador extrajo de la masa probatoria obrante en el proceso; es decir, ilogicidad manifiesta en las conclusiones), por no dar por probado la pluralidad de autores (coautores) a pesar de existir en los autos la prueba testimonial; yerros que llevaron al Tribunal de Cartagena a aplicar indebidamente los artículos 323, 324 numeral 2°; 5°, 19, 21, 23, 26, 27 y 36 del Código Penal, con quebranto de las disposiciones que regulan la prueba previstas en los artículos 247, 254, 294, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal, al considerar al procesado, a más de autor culpable del delito de hurto agravado (condena que no se discute en esta demanda), como autor responsable del delito de homicidio agravado y cuya revocatoria se solicita y en su lugar absolverlo de la condena por homicidio agravado" (fls. 6 y 7-5).

A continuación se dedica a reflexionar acerca de que el nuevo Código de Procedimiento Penal eliminó la exigencia en casación de que el error sea "manifiesto". Transcribe las mencionadas normas que estima quebrantadas y se refiere a la declaración de Julio César Villalba Hernández, anotando que la credibilidad que le dio el Tribunal es correcta y señala que según ese testimonio fueron tres las personas que abordaron el taxi de Castro Mora. Empero, anota, es ilógico que le atribuyan el homicidio a su defendido. Realiza el casacionista algunas consideraciones respecto del *iter criminis*, señalando que no hay duda de que su cliente cometió el delito de hurto del taxi, pero no el homicidio (fls. 14 y 15-5).

Recuerda una sentencia de esta Sala de fecha 8 de marzo de 1991, en el sentido de que el ataque a la prueba indiciaria ha de hacerse en el ámbito del error de hecho (falso juicio de identidad con el proceso en sí- al desatender la "inferencia lógica" constitutiva del indicio). Alude a los varios indicios que se tuvieron en cuenta para condenar y reitera que "constituye un error de lógica" deducir del hurto el delito de homicidio.

Dice que nadie vio a su defendido abordar con otros dos sujetos el taxi ni tampoco, después, en el sitio donde fue muerto el conductor; "...en fin -dice-, cualquier rastro o vestigio que permita deducir que el procesado estuvo en el lugar y hora aproximada en que se consumó el delito de homicidio, sin estos elementos fácticos es lógico (sic) e irracional, como hizo la sentencia recurrida desprender la conclusión de que además mi pupilo participó dolosamente en la muerte a tiro (sic) del taxista" (fls. 19 *infra* y 20).

En definitiva, protesta porque del hecho de habérsele encontrado al procesado el taxi que conducía la víctima, se hubiera deducido la autoría del homicidio, que sólo lo es imputable "a los tres sujetos que se embarcaron en el taxi, entre los cuales no estaba mi defendido, como he demostrado *supra*" (fl. 25), insistiendo en que es erróneo decir que el homicidio fue delito "medio" en relación con el hurto.

En esos términos, pues, pide que se case el fallo por el delito de homicidio y se condene únicamente por el hurto.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, inicialmente dice que en momento alguno el casacionista demuestra la "ilogicidad manifiesta" de la prueba indiciaria tenida en cuenta por el fallador, para agregar a continuación: "...la escueta

afirmación que hace el censor y que estima le sirve de sustento para relievar la ilogicidad en las conclusiones del sentenciador, que no logra, relativa a que de uno solo de los hechos indicadores -versión de Villalba Hernández- y más precisamente de lo que su personal criterio considera se infiere de él, correspondería como deducción admitida su participación en calidad de coautor en el delito de hurto mas no así en el homicidio; ello pone de presente antes que la demostración de una contraevidente conclusión de responsabilidad por este punible en la lógica deducción del Juez, la crítica unilateral de los diversos medios, supliendo el deber de demostrar los pretendidos errores de hecho que se propone, por un cuestionamiento del valor que el Tribunal otorgó a los hechos indicadores considerados en la elaboración de su criterio conclusivo" (fl. 19).

Recuerda los hechos tomados como indicios de responsabilidad del homicidio, y añade: "Pero también la investigación permitió desechar la coartada del procesado, como que los testimonios por medio de los cuales se le pretendía situar en su vivienda al momento de los hechos y la presunta negociación de un carro 'amarillo' con un personaje de nombre 'José Luis' resultó ampliamente descartada por razón de las protuberantes contradicciones advertidas oportunamente por los juzgadores" (fl. 20).

Señala la Delegada que los dos delitos "se cometieron en idénticas circunstancias tempo-espaciales, así como también la inmediatez establecida entre su realización y la tenencia del vehículo por el procesado, absolutamente injustificada a través de la desmentida coartada, no llega el censor a desvirtuar que existió toda una relación que conduce a identificar a Nelson Parodis Pertuz como autor responsable de los delitos por los cuales fue legalmente condenado" (fl. 21). Agrega, por último, que en nada modifica la dicha situación del procesado el que hayan intervenido más sujetos en ese delito contra la vida.

Solicita así no casar el fallo

Se Considera

1 Salta a la vista que lo que pretende el actor, bajo la apariencia del error de hecho que alega, es cuestionar la conclusión del Tribunal, cuando dentro de un razonamiento lógico dedujo que el procesado Parodis Pertuz había también participado (es decir aparte del hurto que el casacionista admite) como autor del homicidio del conductor Castro Mora.

Ello se constata con lo que aquél sostiene a lo largo de todo el escrito de impugnación, en el cual se limita a tildar de ilógica la referida deducción. Ese reproche no aparece con respaldo concreto alguno, sino que desde su personalísimo punto de vista el casacionista se limita a aseverar la ilogicidad comentada.

Además, el actor comete una gran equivocación al no combatir la totalidad de la prueba tomada en cuenta por el sentenciador, para condenar al procesado. Muy de paso se circunscribe a sostener que el hallazgo del taxi en una casa donde lo dejó el procesado luego de la comisión del hurto no es prueba sobre el homicidio, afirmación que así de escueta no tiene peso alguno, ya que no sirve para establecer el atentado contra la lógica que se predica del Tribunal.

Ahora bien: que hayan sido tres los autores del homicidio en nada impide afirmar que Parodis Pertuz sea uno de esos tres sujetos. Lo que acaece es que, según el proceso y el fallo, este acusado fue el único de esos tres sujetos que logró ser descubierto.

Otra cosa: el actor sostiene, erróneamente, que el nuevo Código de Procedimiento Penal erradicó la exigencia de que el error planteado deba ser "manifiesto". Debe insistir la Sala en afirmar que en casación, no de cualquier error puede tratarse; pues si la sentencia está protegida por la doble presunción de acierto y legalidad, el error que logre derrumbarlas ha de ser necesariamente ostensible o manifiesto.

2. Baste a este caso retomar los indicios que consideró la sentencia impugnada y a los cuales sólo se refiere la impugnación tangencialmente:

a) "Indicio antecedente de móvil para delinquir" (fls. 41 4), constituido por las manifestaciones que había hecho el procesado de que no tenía medios económicos para arreglar un vehículo de su propiedad. Varios testigos dijeron constarles tal manifestación:

b) Que días antes de los hechos el procesado pidió a Leonardo Puerta Pájaro le prestara su casa para guardar un vehículo;

c) Que luego de cometidos los hechos, el procesado resultó en poder del taxi que manejaba la víctima;

d) Que las explicaciones dadas por el procesado acerca de la tenencia del taxi resultan "inatendibles" (fls. 43-4), y

e) Haberse manifestado el procesado especialmente nervioso la noche de los hechos.

Entonces, no fue de manera alguna ilógico el Tribunal al deducir de lo anterior: "En síntesis, apreciados conjuntamente estos graves indicios llevan a la certeza de que Nelson Parodis Pertuz actuó como autor del delito de homicidio (es indiferente que autor único o con más personas)..." (fl. 45).

Se ve claro, pues, que desde ningún ángulo que se escoja cabe postular -como lo hace el censor- que esos razonamientos del Tribunal son ilógicos o irracionales.

No prospera el cargo.

3. El fallador no podía imponer al procesado la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal (21 años), pues ello contraviene frontalmente el artículo 44 del Código Penal, en cuanto éste limita esa duración a 10 años.

Como tal proceder atenta contra la legalidad de la pena, se casará oficiosamente el fallo en los términos expuestos (arts. 228 y 229.1 del C. de P. P.).

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

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia impugnada únicamente para fijar en diez (10) años la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas

impuesta al procesado Nelson Bautista Parodis Pertuz. En lo demás el fallo recurrido no sufre modificación alguna.

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

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

Carlos Alberto Gordillo, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

La casación no es un recurso de meros enunciados o planteamientos, sino de plenas y cabales comprobaciones. / Cuando se alega violación indirecta de la ley no debe limitarse el recurrente a exponer su personal criterio sobre el mérito de la prueba, sino que debe demostrar que el fallador desconoció la realidad probatoria que emerge del proceso. / El desacuerdo de la sentencia con la resolución de acusación se predica para efectos de la causal 2ª de casación de la identidad de la conducta impetrada y no de las circunstancias o de las modalidades que la especifican, salvo que agraven la situación del procesado. Y menos de que en la sentencia se absuelva del cargo formulado en la resolución acusatoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8072.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta número 102 (4-11-93)

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

El 18 de agosto de 1992 el Tribunal Superior de Manizales confirmó la sentencia dictada por el otrora Juzgado Sexto Superior de esa ciudad, en procesos acumulados adelantados contra José Miguel Arias Gómez por los delitos de porte ilegal de armas de defensa personal y abuso de circunstancias de inferioridad condenándolo por el primero de ellos a la pena principal de un año de prisión concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional y absolviéndolo por el segundo de tales ilícitos; decisión esta última recurrida en casación por el apoderado de la parte civil.

Hechos

Respecto al porte ilegal de armas, basta decir que el 17 de diciembre de 1989 le fue decomisado al señor José Miguel Arias Gómez un revólver marca Webly Scott calibre 38

corto, sin el permiso de autoridad competente (salvoconducto) y tres meses después su hermano Luis Fernando Arias Gómez se presentó a denunciar el hecho ante el Juzgado Penal Municipal de Pácora (Caldas) aduciendo que la incautación del arma de fuego había sido solicitada por el al comandante de la Policía de dicha localidad en razón de las constantes amenazas de que era objeto por parte de su hermano José Miguel.

Y en cuanto al abuso de circunstancias de Inferioridad cabe advertir que la correspondiente investigación fue iniciada con base en denuncia presentada el 13 de febrero de 1990 por el mismo Luis Fernando Arias Gómez en la que le atribuyó a su hermano José Miguel el haberse aprovechado del estado de invalidez y los graves quebrantos de salud que aquejaban a su octogenario padre Antonio María Arias Valencia (enfisema pulmonar, diabetes senil, pérdida de la visión por un ojo, tromboembolismo y otras dolencias) para inducirlo a realizar negociaciones que diezmaron el haber patrimonial en perjuicio de los demás herederos y en beneficio del denunciado.

Como tales señala el endoso a favor de José Miguel de dos letras de cambio por varios millones de pesos girados por él y su hermano Guillermo, lo mismo que el endoso de unos títulos de ahorro del Banco Cafetero de Pácora; la venta a favor del señor Gustavo Ramírez, amigo y confidente del denunciado, de dos fincas de propiedad de su padre mediante escrituras públicas expedidas por el Notario de Aguadas y no por el de Pácora, que conocía el estado de salud del vendedor; la compra por parte de la esposa de José Miguel de una casa en la población de Pácora con dineros del anciano Antonio María Arias Valencia y la confección de un testamento en el que aparecía favorecido su hijo José Miguel.

Actuación Procesal

El Juzgado Sexto Superior de Manizales, que conocía por competencia del proceso abreviado adelantado contra José Miguel Arias Gómez por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal (Decreto 3664 de 1986) en el cual se había privado de la libertad al sindicado, ordenó mediante providencia de 29 de mayo de 1991 acumular a dicho proceso el que adelantaba el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pácora contra el mismo José Miguel Arias Gómez por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad (artículo 360 del Código Penal).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública dentro de las causas acumuladas, el Juzgado Superior puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de un año de prisión y a la sanción accesoria correspondiente por hallarlo responsable del punible de porte ilegal de armas de defensa personal, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condiciona..

En la misma providencia lo absolvió por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad disponiendo el desembargo de los bienes trabados en la litis; fallo apelado por la defensa como por el representante de la parte civil y confirmado por el Tribunal Superior de Manizales mediante el que es objeto del recurso de casación.

Fundamentó esa Corporación la absolución con los argumentos que fluyen del siguiente pasaje del fallo impugnado:

"...la causa probatoria irradia un cúmulo de circunstancias que permiten concluir con la ausencia de compromiso para José Miguel Arias Gómez respecto a la defraudación que se le endilga, puesto que si bien resulta cierto que los actos jurídicos de índole

patrimonial los realizó el octogenario en los últimos meses de su existencia y cuando se hallaba bajo el cuidado de su hijo José Miguel, de allí no es dable colegir que éste indujera maliciosamente a su padre para que los actos de disposición verificados lo favorecieran. Lo que aparece frontalmente es que don Antonio María Arias celebró algunos actos de disposición de sus bienes en favor de su hijo, en orden a gratificarlo por sus buenos manejos, como que fue José Miguel quien en últimas se preocupó por él, atendiéndolo en cuanto menester reclamaba su atención, sin que para obtener un resultado en su favor obrase en forma subrepticia: por el contrario, los actos jurídicos de disposición se realizaron ante funcionarios idóneos y testigos que han dado razón de lo sucedido en cada caso concreto, sin que por asomo aflore el supuesto abuso de la inferioridad que se pregona del anciano.

"Lo que pasa es que se ha buscado por todos los medios tenidos a mano encausar penalmente a José Miguel, hasta el punto de arrastrar con esa secuela penal al señor Gustavo Ramírez Vargas, que a la postre fue amparado con cese de procedimiento por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Aguadas, por el delito de encubrimiento. Todo ello buscando su condena corporal y pecuniaria al pago de perjuicios, como modo de recuperar el dominio de los bienes que en él radicó su padre"

Demanda de Casación

En el ámbito de las causales primera y segunda de casación del artículo 220 del C. de P. P., se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, así:

Primero: Violación indirecta del artículo 360 del Código Penal que describe el hecho punible de "abuso de circunstancias de inferioridad" porque los falladores de instancia interpretando erradamente la prueba documental y testimonial obrante en autos, descartaron la configuración de dicho ilícito no obstante que a juicio del censor resulta probado el mal estado de salud en que se encontraba el octogenario Antonio María Arias Valencia, su cautividad en casa del sindicado y de manera especial su inexperiencia en asuntos jurídicos, circunstancia ésta de la cual se valió José Miguel para inducirlo a realizar actos capaces de perjudicar a los demás herederos.

Invita a la Corte a revisar la resolución acusatoria proferida en contra del enjuiciado dentro del proceso seguido por abuso de circunstancias de inferioridad (noviembre 1° de 1990) para constatar que la situación jurídica allí contemplada no sufrió variación durante el plenario.

Segundo: Falta de consonancia de la sentencia absolutoria con los cargos formulados en la resolución de acusación por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad dictada por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Aguadas el 1° de noviembre de 1990, puesto que no habiendo sido desvirtuadas durante el plenario la enfermedad orgánica que padecía el octogenario Arias Valencia ni su inexperiencia en materia jurídica, debió proferirse sentencia de condena en contra del acusado; reparo que el libelista parece resumir en el siguiente párrafo:

"El hecho que se pregona en la Resolución de acusación en cita, como es la enfermedad orgánica del octogenario y por ende, la necesidad de que alguien lo asistiera; lo que efectivamente aprovechó su hijo José Miguel Arias Gómez, cuando lo tiene cautivo; además de la inexperiencia jurídica del octogenario, no se desvirtuaron, después del pronunciamiento judicial que hoy hacemos referencia. Por ello insistimos que no hay

consonancia, con los fallos emitidos en primera y segunda instancias, con la resolución de acusación".

Concluye solicitando revocar la sentencia recurrida para condenar al procesado José Miguel Arias Gómez por el delito tipificado en el artículo 360 del Código Penal lo mismo que al pago de los perjuicios materiales y morales causados, decretando la nulidad de los títulos espurios entregados como fruto de las defraudaciones denunciadas

Alegaciones de los sujetos no recurrentes

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia porque ninguno de los cargos está llamado a prosperar, pues el primero de ellos se quedó en un simple enunciado y pese a que el actor adujo violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria no precisó ni menos demostró qué pruebas pudieron ser supuestas, omitidas o equivocadamente apreciadas por el Tribunal Superior para arribar a la absolución del procesado.

En cuanto al segundo reparo expresa que no existe inconsonancia entre la sentencia recurrida y la decisión enjuiciatoria porque se absolvió al acusado por el mismo delito por el cual fue llamado a responder en juicio agregando que "Los cargos formulados (resolución acusatoria) constituyen el límite de la sentencia y sobre ellos debe recaer la decisión. Esto significa que la consonancia se refiere a que la sentencia resuelva los cargos formulados en la acusación, condenando o absolviendo. Por esto, resulta improcedente la causal segunda de casación para demandar el presente fallo".

Por su parte, el defensor del procesado José Miguel Arias Gómez, en escrito presentado en oportunidad, se opone a las pretensiones del libelista argumentando en primer término la improcedencia del recurso de casación interpuesto porque ninguno de los delitos imputados a su representado (porte ilegal de armas y abuso de circunstancias de inferioridad) está sancionado con pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años y porque la cuantía para recurrir en lo referente a la indemnización de perjuicios sólo se predica del fallo de condena y no de uno absolutorio conforme al artículo 221 del C. de P. P.

En segundo lugar afirma que la sustentación del primer cargo deriva en un alegato de instancia "donde se reiteran el análisis y la particular valoración de las pruebas que ha hecho el actor a través del proceso, sin que llegue en momento alguno a señalar técnicamente cuál es la norma sustancial violada, y cómo se ha dado esa violación a través de la apreciación de una o varias de las pruebas legalmente aportadas".

El segundo reproche a la sentencia no tiene razón de ser porque el desacuerdo entre ella y la resolución de acusación no consiste, como equivocadamente lo plantea el censor, en que "*una vez formulados determinados cargos*, el procesado debe ser condenado por esos cargos, de lo contrario, como en este evento, la sentencia *no está en consonancia* con el pliego de acusación" (destacado del texto).

Consideraciones de la Corte

Con el propósito de despejar cualquier equívoco, la Sala se permite reafirmar la procedibilidad del recurso de casación por el aspecto punitivo de la defraudación imputada al procesado José Miguel Arias Gómez y por la cual fue absuelto, esto es, el

de abuso de las circunstancias de inferioridad descrito en el artículo 360 del Código Penal, toda vez que la sanción máxima imponible en la hipótesis delictuosa materia de investigación sería la de siete (7) años de prisión conforme al inciso segundo de dicho precepto legal.

Hecha la anterior aclaración se procederá a examinar los cargos formulados a la sentencia en el orden en que fueron presentados.

Primer cargo: La simple y escueta manifestación del demandante en el sentido de haberse quebrantado en forma indirecta determinada norma de derecho sustancial por errónea interpretación de la prueba documental y testimonial obrante en autos no puede tenerse como enunciado, ni menos como atendible fundamentación de un reproche a la sentencia en el marco de la causal primera de casación.

La vaguedad y las deficiencias técnicas de que adolece la demanda en la presentación del cargo impiden a la Corte conocer su naturaleza y alcance haciendo de ella un escrito sustancialmente inepto a las pretensiones del censor y a los fines del recurso interpuesto, pues la flaqueza de sus argumentaciones no permite distinguir qué pruebas pudieron ser mal apreciadas por los falladores de instancia para descartar la existencia del delito de abuso de circunstancias de inferioridad por el cual fue enjuiciado José Miguel Arias Gómez ni el sentido de la violación del artículo 360, que tipifica la conducta endilgada; preterm isión de suyo suficiente para desestimar la impugnación.

Todo se reduce a afirmar que el sentenciador debió condenar al acusado por encontrarse probado que abusando del precario estado de salud en que se encontraba su anciano progenitor y de su inexperiencia en asuntos legales lo indujo a realizar actos jurídicos en perjuicio económico del anciano y de los demás herederos y en su propio beneficio: pero nada hizo el actor para demostrar dicha postura olvidando que la casación no es recurso de meros enunciados o planteamientos, sino de plenas y cabales comprobaciones.

Contrariamente a lo expuesto, el Tribunal Superior concluyó que los testimonios rendidos por los médicos que trataron al enfermo "dejan en claro que sus padecimientos eran del físico y no del síquico (sic), pues que el paciente, ante ellos, siempre presentó lucidez; lo que a su vez encuentra eco en las atestaciones juradas de los funcionarios Hernán de Jesús Rodríguez Betancur y Oscar Diego Trujillo Sánchez, Notarios, en su orden, de los municipios de Pácora y Aguadas, que dieron fe de la plena capacidad mental de que gozaba el señor Arias Valencia a la celebración de los actos jurídicos que ante ellos suscribió".

Agregó dicha Corporación:

"Igual predicamento deviene de las deponencias como la prestada por la señora Gloria Patricia Marín Cardona, esposa del denunciante Luis Fernando Arias Gómez. Lo mismo sucede con las exposiciones juradas de Margarita Arias Gómez, Nelson Sánchez Montoya, Carlos Alberto Patiño Marulanda y Ramón Elica Castaño Aguirre, entre otras; quienes aseveran que aparte de la afección física que ostensiblemente presentaba don Antonio María, tenía plenitud de conciencia en su actuar... Por manera que en tales condiciones no cabe pregonar que el anciano padecía de trastorno mental que le impedía comprender la trascendencia de los actos jurídicos que realizó: por el contrario, diáfana es la prueba que demuestra que a pesar de su imposibilidad física, que demandaba la

ayuda de terceros para su movilización, sus actuaciones las verificaba en conciencia, sabía lo que hacía; pues obsérvese que los Notarios testifican que solicitaba se le leyeran varias veces aquellos aspectos que no entendía, lo que da clara idea de hallarse en sus cabales, en pleno goce de sus facultades mentales".

Luego expresó:

"Ahora. Si como se ha plasmado en este proceso, la circunstancia de inferioridad de la que abusó el acusado fue la necesidad, muchas fueron las oportunidades que pudo aprovechar para dejar en claro que su hijo José Miguel lo estaba induciendo a cometer actos contra su voluntad, tratándose como era de un hombre recio y determinante en sus decisiones. Bien pudo acudir a sus demás hijos, o en el mejor de los casos a su hija Margarita, con quien siempre mantuvo buenas relaciones. Y no lo hizo, sencillamente porque la persona de su entera confianza era José Miguel, quien siempre estuvo atento no sólo a su enfermedad, sino a cuanta inquietud se suscitaba en el anciano".

La inseguridad en las argumentaciones del recurrente lo llevaron a pedirle a la Corte que examinara la resolución de acusación proferida en contra del acusado pasando por alto que la casación no es una tercera instancia que permita la revisión oficiosa del proceso, sino un extraordinario medio de impugnación limitado en sus alcances por los derroteros que le trace el impugnador.

Cuando se alega violación indirecta de la ley no debe limitarse el recurrente a exponer su personal criterio sobre el mérito de la prueba, sino que debe demostrar que el fallador desconoció la realidad probatoria que emerge del proceso.

Por eso no está llamado a prosperar el recurso de casación por esta vía cuando, como en el presente caso, el censor se limitó únicamente a expresar su personal y subjetiva apreciación de los hechos, opuesta a la del Tribunal Superior; máxime cuando éste a través de un examen global, lógico y coherente de la prueba recaudada arribó a la convicción de que el procesado no abusó de las circunstancias de inferioridad en que se encontraba su octogenario progenitor para inducirlo a realizar actos jurídicos perjudiciales a él y a los demás herederos y su fallo viene precedido de la doble presunción de legalidad y acierto.

No prospera la impugnación.

Segundo cargo: El recurrente que se acoge a la causal segunda de casación aduciendo absoluta falta de armonía o consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia debe comprobar que ésta resolvió o definió una situación jurídica distinta de la plasmada en la providencia enjuiciatoria como cuando en el pliego de cargos se imputa falsedad y en la sentencia se absuelve o se condena por estafa.

El desacuerdo de la sentencia con la resolución de acusación se predica para efectos de la causal 2ª de casación de la identidad de la conducta imputada y no de las circunstancias o de las modalidades que la especifican, salvo que agraven la situación jurídica del procesado. Y menos de que en la sentencia se absuelva del cargo formulado en la resolución acusatoria.

Consecuente con ello, estima la Sala que no existe incongruencia entre la acusación por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad y la sentencia que absolvió al acusado por dicho cargo; sino, por el contrario, la más completa armonía y correspondencia entre estas dos fundamentales piezas del juzgamiento.

Si bien es cierto que el pliego de cargos dictado por el Juzgado de Instrucción Criminal de Aguadas alude tangencialmente a la inexperiencia del octogenario Antonio María Arias Valencia, sin especificarla, la verdad es que gran parte de las extensas motivaciones se ocuparon de las circunstancias de invalidez y enfermedad del presunto ofendido y del aprovechamiento de las mismas por parte de su hijo, pilares sobre los que descansa la imputación formulada.

Otra cosa es que el actor, desconociendo arbitrariamente esa situación fáctica, pretenda, sin ningún fundamento, buscar una condenación donde no cabe.

No prospera el cargo formulado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, de acuerdo con los sujetos procesales no recurrentes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia absolutoria recurrida por el apoderado de la parte civil, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / RECEPTACION

El legislador previó aquellos casos en los cuales es imposible determinar el lugar donde se realizó el hecho punible, a través del artículo 75 *ibídem*, asignándole el conocimiento del respectivo proceso al Juez competente por la naturaleza del hecho del territorio del cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación. / Al no poder precisar dónde se realizó la acción constitutiva del hecho punible de receptación que originó la condena, resultaba acertado acudir a la norma de competencia a prevención para adelantar el proceso. / El delito de receptación no queda supeditado al lugar donde finalmente se recupera el objeto material, sino que tiene su realización en el sitio donde se adquiere o se enajena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8025.

Magistrado Ponente. Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 102.

Santafé de Bogotá, D. C., 4 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José María Ochoa Daza, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de la misma ciudad en la cual se impuso al acusado la pena principal de seis (6) meses de prisión y multa de un mil pesos y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo, por el delito de receptación.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

"El veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco el señor Claudio Díaz Cardozo dejó estacionado su automóvil marca Renault en los predios de la Universidad Nacional en Bogotá. Al salir de dictar clase, el vehículo había desaparecido, razón por la cual denunció su pérdida ante las autoridades correspondientes.

"Varios meses después, el día veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y siete, el automotor fue inmovilizado por las autoridades de policía de Valledupar, en el departamento del Cesar, cuando era conducido por el señor José María Ochoa Daza. En el mes de abril de mil novecientos ochenta y nueve su propietario informó a las autoridades judiciales acerca del paradero del rodante, lo que motivó que luego de las diligencias correspondientes el señor Ochoa Daza fuera vinculado a la investigación y luego enjuiciado como presunto autor del delito de receptación".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bogotá, con base en la denuncia del hurto del vehículo, inició la investigación el 25 de noviembre de 1985, la que fue suspendida el 7 de abril de 1987 mediante auto de archivo provisional del expediente. Cuando el denunciante comunicó al Juzgado el paradero del automotor, se dispuso la reiniciación de la actuación.

A la investigación se vinculó mediante indagatoria a José María Ochoa Daza, quien explicó que el automotor que conducía al momento de su recuperación se hallaba en su poder porque se lo había dado en calidad de préstamo un amigo suyo de nombre José Guerra, "esto fue en el año 87", porque su carro se encontraba en reparación en un taller.

El Juez instructor al concluir la injurada dejó en libertad a Ochoa Daza mientras le resolvía su situación jurídica, luego recaudó algunas pruebas testimoniales y posteriormente se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en contra del mismo.

Cerrada la investigación el 28 de septiembre de 1990, se calificó el mérito del sumario en proveído calendado el 27 de noviembre del mismo año, con cesación de procedimiento en favor del procesalmente vinculado.

La anterior decisión fue apelada por el representante de la parte civil, recurso que fue desatado por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de junio de 1991, cuando revocó la providencia del juez *a quo*, y formuló resolución de acusación en contra de José María Rocha Daza como presunto autor del delito de receptación, decretó la detención preventiva del implicado por el delito mencionado, dispuso reabrir la investigación por el hecho relacionado con la adulteración de las placas del automóvil recuperado, ordenó la expedición de copias para la investigación del delito de hurto inicialmente denunciado, así como para investigar un posible delito cometido por los declarantes Mauro Antonio Tapias Delgado y Armando José Araújo Baute, cuyas versiones carecían de veracidad, según lo estimó el Tribunal.

La tramitación de la etapa del juicio correspondió al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, quien dispuso la apertura del juicio a pruebas, posteriormente en auto de 11 de octubre de 1991 declaró extinguida la acción civil por pago total de los perjuicios ocasionados con la infracción, como lo había manifestado el representante judicial de la parte afectada, y concedió al acusado el beneficio de la libertad provisional.

En la audiencia pública, el defensor del procesado planteó, entre otras cosas, la nulidad de lo actuado por considerar que el delito de receptación fue cometido en la ciudad de Valledupar y, en consecuencia, era a los funcionarios de aquel distrito judicial a quienes correspondía adelantar el proceso; subsidiariamente solicitó la absolución de su representado.

El Juzgado del conocimiento dictó sentencia en la cual rechazó la nulidad propuesta e impartió condena al acusado, decisión que fue apelada y confirmada por el Tribunal, fallo contra el cual se interpuso el recurso de casación.

III. La Demanda

Con apoyo en la causal tercera de casación, el demandante formula un solo cargo, por considerar que la sentencia fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad por falta de competencia, atendiendo el factor territorial, porque "el funcionario competente para calificar el proceso y conocer del juicio lo era el señor Juez de Instrucción Criminal de Valledupar y en segunda instancia, el Honorable Tribunal del Cesar -Sala Penal-".

Estima el censor que para definir la competencia es importante tener en cuenta el oficio No. 0263 que da cuenta que el vehículo Renault, base de la presente investigación, fue inmovilizado en la ciudad de Valledupar, siendo su conductor, para el momento, el procesado, "a quien nunca se le pudo comprobar su presencia en la ciudad de Bogotá para el día de los hechos, o con posterioridad a los mismos, tal y como lo dejara de presente en su respectiva injurada".

Aduce que la competencia a prevención que inicialmente fijó el juzgamiento en el juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá no podía prevalecer para efectos de la calificación jurídica y su siguiente juicio, porque los delitos investigados generaban una división de competencias, atendiendo al territorio en que fueron cometidos cada uno de los punibles, y en lo atinente a la receptación es de competencia del Juez de Instrucción Criminal de Valledupar. Esta condición no fue tenida en cuenta por el tribunal que conoció de la apelación de la calificación, lo que hace prosperar, a juicio del actor, la nulidad impetrada, ya que la competencia privativa es absoluta e improrrogable.

Luego de recordar algunos aspectos acerca de la naturaleza de la nulidad, insiste en que el Tribunal "no tuvo en cuenta, y por error involuntario y humano, la legalidad del proceso en cuanto a la competencia se refiere, al momento de la calificación, máxime cuando la receptación nació, por así decirlo, a instancia de la impugnación que hiciera el abogado de la parte civil contra el auto que ordenó cesar todo procedimiento por el delito de hurto y en favor de mi defendido José María Ochoa Daza".

Agrega que sostener -tal como lo hizo la corporación de segunda instancia- que no se encuentra determinado el sitio en donde se produjo el hecho punible de receptación es, en opinión del impugnante, tanto como afirmar la inexistencia del delito mismo. Señala que no puede extenderse la competencia como consecuencia de una relación de conexidad con el delito de hurto inicialmente denunciado, pues éste expresamente fue separado del juzgamiento en virtud del auto de reapertura de la investigación que se pronunció en su oportunidad.

Solicita a la Corte que se case la sentencia, se decrete la nulidad y se envíe el expediente al Fiscal de Valledupar, a fin de que califique el proceso con base en el recaudo probatorio existente.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

© 2010 Civil - PENAL - Publicaciones Jurídicas

Comienza por destacar que el procedimiento aplicable a este asunto es el regulado en el Decreto 050 de 1987, toda vez que si bien la actuación procesal fue iniciada antes de su vigencia, el auto calificatorio (resolución de acusación) quedó ejecutoriado con posterioridad a ella y la audiencia de juzgamiento se celebró antes que entrara a regir el Decreto 2700 de 1991.

Lo anterior quiere decir que la competencia territorial, tanto para la instrucción como para el juzgamiento, estaba entregada a los jueces de Instrucción Criminal -la primera- y de Circuito -la segunda- del "territorio donde se realizó el hecho punible", según lo preceptuado en el art. 74 del Decreto 050/87, disposición ésta con la cual se desarrolla el principio del juez competente previamente definido por la ley a que hace alusión el texto del art. 26 de la antigua C. N., hoy refrendado en la norma 29 de la Carta Política.

La disposición del art. 74 mencionado no reviste carácter absoluto, porque el legislador previó aquellos casos en los cuales resulta imposible determinar con exactitud el lugar en donde se "desarrolló total o parcialmente la acción", "debió realizarse la acción omitida" o "se produjo o debió producirse el resultado" (art. 13 del C. P.), a través de la norma 75 del ordenamiento procesal penal, según la cual cuando el hecho punible se haya realizado en lugar incierto conocería del proceso el Juez competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación.

Señala el Procurador que en este proceso se ha discutido la aplicación del art. 75 del C. de P. P. (competencia a prevención) para determinar el funcionario judicial a quien corresponde el trámite del asunto, bajo el argumento de que se hallan demostrados los factores que fijan la competencia privativa, quedando por tanto la preventiva relegada y sin posibilidades concretas de aplicación.

Sostiene que realizado un estudio concienzudo del encuadernamiento, se llega a la conclusión de que a través de las diligencias practicadas no se determinó el sitio en donde se adquirió el vehículo objeto material del hurto inicialmente denunciado; vale decir, que no se sabe dónde se realizó la acción constitutiva del hecho punible de receptación que originó la condena, y por ello resulta válido a la jurisdicción acudir a la norma de la competencia a prevención para adelantar el proceso que culminó con la sentencia cuestionada.

Se sabe de lo actuado que el automotor fue hurtado en Bogotá, y que meses más tarde fue recuperado en Valledupar, donde el procesado lo conducía. No se determinó en qué comprensión territorial se produjo el acto de adquisición, pues si bien el inculpado manifestó que lo tenía en calidad de préstamo porque días atrás en la misma localidad se lo había entregado a tal título José Guerra, esta versión y aquellas que la corroboran fueron desestimadas por el Tribunal cuando conoció por vía de apelación de la "resolución acusatoria", a tal punto que dispuso el enjuiciamiento del incriminado y la compulsación de copias para que se investigara el posible delito cometido por sus amigos que declararon conocer de tal préstamo.

Si bien en la primera instancia se había creído en la versión del acusado y de quienes lo corroboran, el Tribunal se apartó de tales conclusiones en la providencia de 11 de junio de 1991, cuyos apartes transcribe la Delegada, para concluir que la situación es clara, ni

la injurada del acusado ni las afirmaciones de sus amigos pueden tomarse como prueba cierta para determinar el sitio donde el incriminado adquirió el automotor.

La sentencia -y en su oportunidad el enjuiciamiento- parten de la base de que el implicado adquirió el vehículo a título diverso del préstamo relatado en la indagatoria, sin que haya brindado por medio alguno explicación acerca de la manera como el automotor llegó a su poder. Los informes policiales nada ayudan para el esclarecimiento del punto, pues en ellos solamente consta que éste fue hurtado en Bogotá y recuperado en Valledupar; nada dicen del lugar donde fue adquirido por Ochoa Daza, conducta ésta que es constitutiva del delito de receptación por el cual se produjo la sentencia impugnada.

En consecuencia, para el Ministerio Público no queda duda de que el material probatorio es insuficiente para determinar el sitio en donde se produjo el delito; y por ello es válido aplicar, como se hizo, el contenido del art. 75 del C. de P. P. fijando la competencia de juzgamiento a prevención.

Advierte el Delegado que de la actuación no se deduce que la falta de precisión del lugar donde ocurrió el hecho haya causado daño a los intereses procesales del acusado, pues éste siempre estuvo asistido por un profesional del derecho que estuvo atento al desenvolvimiento del proceso, representó a su poderdante asegurando la protección y ejercicio de los derechos fundamentales, situación que impide la anulación deprecada.

V. Consideraciones de la Corte

Dentro del marco de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente censura la sentencia atacada por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 304 *ibidem*, "falta de competencia del funcionario judicial".

Aduce el demandante que en este caso el funcionario competente para calificar el proceso y "conocer del juicio" le era el Juez de Instrucción Criminal de Valledupar y en segunda instancia el Tribunal Superior del Cesar - Sala Penal-.

En primer término, cabe precisar, tal como lo destaca la Delegada, que el procedimiento aplicable al caso que nos ocupa es el regulado en el Decreto 050 de 1987, toda vez que el auto calificatorio (resolución de acusación) quedó ejecutoriado con posterioridad a su entrada en vigencia y la audiencia pública se celebró antes de empezar a regir el Decreto 2700 de 1991.

Así las cosas, se le recuerda al casacionista que la etapa del sumario correspondía adelantarla a los jueces de Instrucción, pero el conocimiento del juicio correspondía a los jueces del Circuito del "territorio donde se realizó el hecho punible" según lo preceptuado en el artículo 74 del Decreto 050 de 1987, disposición ésta que no reviste carácter absoluto, pues el legislador previó aquellos casos en los cuales es imposible determinar el lugar donde se realizó el hecho punible, a través del artículo 75 *ibidem*, asignándole el conocimiento del respectivo proceso al juez competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación.

El argumento central del demandante radica en que se hallan demostrados los factores que fijan la competencia privativa, y por tanto no era posible aplicar el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal (competencia a prevención).

Del examen del expediente, la Sala, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, llega a la conclusión de que a través de las diligencias practicadas no es posible determinar el sitio donde se adquirió el vehículo Renault materia del hurto inicialmente denunciado, y al no poderse precisar dónde se realizó la acción constitutiva del hecho punible de receptación que originó la condena, resultaba acertado acudir a la norma de competencia a prevención para adelantar el proceso que culminó con la sentencia impugnada, como lo hicieron los falladores de instancia.

Resulta desatinado, como lo pretende el actor, que se tenga como prueba para fijar la competencia para efectos de la receptación el oficio No. 0263 de la Policía Nacional, que de manera clara da cuenta que el vehículo Renault base de la presente investigación fue inmovilizado en la ciudad de Valledupar cuando era conducido por el procesado, toda vez que el delito de receptación no queda supeditado al lugar donde finalmente se recupere el objeto material, sino que tiene su realización en el sitio donde se adquiere o se enajena.

En el informe policial únicamente consta que el automóvil fue hurtado en Bogotá y recuperado en Valledupar, pero nada dice respecto del lugar donde el procesado lo adquirió. Es cierto que al implicado "nunca se le pudo comprobar su presencia en Bogotá para el día de los hechos", pero ello no es una razón válida para concluir que sus actividades tuvieron ocurrencia en Valledupar, pues lo que nos está indicando es precisamente que se desconoce el lugar donde se llevaron a cabo las actividades delictivas constitutivas del delito de receptación.

Tampoco es atinado apoyar la pretensión de la demanda con la indagatoria del acusado, porque si bien es cierto que manifestó que tenía el vehículo en su poder en calidad de préstamo, porque días atrás en la misma ciudad de Valledupar se lo había entregado a tal título José Guerrero, esta versión y aquellas que la corroboran fueron desestimadas por el Tribunal cuando conoció por vía de apelación el auto calificatorio, a tal punto que dicta resolución de acusación contra el incriminado al no dar credibilidad a su explicación, y ordenó que se compulsaran las copias para investigar el posible delito cometido por quienes declararon conocer tal hecho.

Las consideraciones del Tribunal, tanto en la resolución de acusación como en la sentencia, son lo suficientemente claras para poner de manifiesto que ni la injurada del acusado ni las declaraciones de sus amigos pueden tomarse como ciertas para determinar el lugar donde el incriminado adquirió el vehículo Renault materia del hurto, en primer término, porque para proferir la condena el sentenciador parte de la base de que el procesado obtuvo el vehículo a título diverso del relatado en la indagatoria, y en segundo lugar, porque no obra prueba que permita establecer el sitio en donde llegó a su poder.

No existiendo prueba alguna en autos, que permita determinar el sitio donde se produjo el delito de receptación, la decisión de los falladores de instancia, en el sentido de aplicar el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, para fijar la competencia del juzgamiento a prevención, no constituye irregularidad de ninguna naturaleza y antes bien resulta acertado radicar la competencia en Santafé de Bogotá, no sólo porque aquí se formuló primero la denuncia, sino también porque fue donde primero se inició la investigación.

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar la demanda por carecer de fundamento el reproche en ella formulado.

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 recurrida.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / INASISTENCIA ALIMENTARIA

La competencia, en el delito de inasistencia alimentaria, no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querella.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8868. Colisión.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 101 nov. 3/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de noviembre de 1993.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa trabada entre los Juzgados Promiscuos Municipales de Paratebueno (Cundinamarca) y de Barranca de Upía (Meta), dentro del proceso adelantado contra Abraham Cepeda Mendoza por el delito de inasistencia alimentaria.

Antecedentes

1. El 22 de marzo de 1990 la señora Briceida Lorca compareció al Juzgado Promiscuo Municipal de Paratebueno y denunció penalmente a Abraham Cepeda Mendoza, de quien dijo que no respondía por la manutención de los hijos habidos entre ambos, de 10, 8 y 6 años de edad, y con quienes ella afirma vivir en Guaicaramo, jurisdicción del referido municipio de Paratebueno "Yo los tengo a todos estudiando en la escuela de Guaicaramo", dice la quejosa refiriéndose a sus hijos (fls. 1-1).

2. El mencionado Juzgado de Paratebueno abrió investigación (fls. 3-1) y practicó unas pruebas. A folios 27 aparece un "acta de conciliación" suscrita entre la quejosa y el imputado, en la cual éste se compromete a darle cada mes $5.000.00.

3. Como el imputado dejara de cumplir con ese compromiso, fue escuchado en indagatoria (fls. 36 y ss. 1), luego de la cual, mediante auto de sustanciación de 24 de julio

de 1991 (fl. 40), se ordenó que suscribiera la diligencia prevista en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal vigente para aquella época (Decreto 050 de 1987).

Luego, el 31 de julio, el Juzgado profirió el siguiente auto: "Del análisis de las pruebas recaudadas se concluye que no hay mérito para proferir medida de aseguramiento contra el indagado Abraham Cepeda Mendoza. Prosígase la investigación" (fl. 51).

4. Practicadas otras pruebas, se cerró investigación y se la calificó mediante auto de 26 de enero de 1993 (fls. 75 y ss.-1), con resolución acusatoria por el delito de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 263 del Código Penal. Dijo el Juzgado finalmente:

"Teniendo en cuenta que la denunciante en reiteradas oportunidades se ha presentado a este despacho a manifestar que el inculpado reincide en el comportamiento. De otra parte, que ella, con los menores últimamente fijó su residencia en la inspección de San Ignacio del municipio de Barranca de Upía, y en tratándose de un delito de carácter permanente, vale decir que en la actualidad se está cometiendo, dada la residencia de la denunciante y de los menores, compete seguir conociendo de las presentes sumarias al señor Juez Promiscuo Municipal de Barranca de Upía, a quien se ordena el envío del expediente" (fls. 76-1).

El Juzgado de Barranca de Upía, por medio de auto de 2 de marzo de 1993 (fls. 79 y ss.-1), devolvió el expediente, por estimar que se debe "reponer la actuación", pues se calificó el sumario sin que en rigor se haya resuelto situación jurídica, y además profirió auto de acusación no obstante haber estimado anteriormente que no existía mérito para dictar medida de aseguramiento.

El Juzgado de Puratebueno, mediante auto de 5 de marzo (fls. 81 y ss.-1), afirma que la situación jurídica sí fue resuelta antes de la calificación del sumario, y que aunque es cierto que en la resolución de acusación no se dictó la respectiva medida de aseguramiento, ese yerro ya no puede remediarse por hallarse el calificatorio ejecutoriado. Reitera que la competencia es de Barranca de Upía por residir allí la madre y los menores; y, en consecuencia, propuso la correspondiente colisión de competencias. "En circular No. 016 -dice- proveniente de la Dirección Seccional de Administración Judicial, fueron enviadas varias providencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia, donde se deciden conflictos de competencias en asuntos de familia, se connota que la filosofía de la competencia radica esencialmente en el Juez del lugar de residencia de los menores, a fin de realizar una verdadera protección -máxime en el caso que nos ocupa- porque la madre de los menores son pobres de solemnidad" (sic) (fl. 81).

El Juzgado de Barranca de Upía, por medio de auto de 12 de julio, aceptó la colisión y remitió el proceso al Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera la misma. Dijo además dicho Juzgado que no aparece auto ordenando la conciliación, que no se le resolvió la situación jurídica al indagado mediante auto interlocutorio, y que el proveído de calificación es lacónico en extremo, "de escasos folios". "Lo único notorio del calificatorio -dice- es la determinación que el señor Juez ha tomado en su proveído cuando sostiene que la denunciante en reiteradas oportunidades se ha presentado al despacho para informar que ha trasladado su domicilio junto con sus hijos a la inspección de San Ignacio del municipio de Barranca de Upía. Se pregunta el titular de este despacho: ¿dónde aparecen estas manifestaciones por escrito o qué tipo de constancia existe al respecto?

Vale la pena recordar que ningún Juez de la República puede afirmar en providencia que no pueden convalidados en proceso (sic); ahora, si ello era así y el señor Juez conocía con antelación por qué no enviaba el proceso al Juzgado competente y se abstenía en (sic)calificarlo.

5. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por auto de 31 de agosto (fls. 2 y ss.-2), consideró que no era el competente para conocer, pues el conflicto no es entre distintas jurisdicciones, sino dentro de la misma justicia ordinaria, citando al respecto el artículo 256-6 de la Carta Política y el artículo 9-1 del Decreto 2652 sobre el funcionamiento de dicho Consejo. "Esto conduce a concluir -dice el Consejo- que en casos como el presente no hay conflicto de distintas jurisdicciones sino de competencias dentro de una misma jurisdicción: la ordinaria. Y es lógico que quien debe dirimirlo de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil es la Corte Suprema de Justicia" (fls. 3-2).

6. A esta Sala le corresponde, pues, decidir de plano la cuestión.

Se considera:

El artículo 271 del Código del Menor dice:

"Cuando el sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria sea un menor, la investigación se iniciará de oficio y será desistible por una sola vez. Será competente para conocer de este delito el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho".

No se discute que cuando se formuló la denuncia, cuando se abrió investigación y luego durante el proceso, se estableció que los menores hijos del sindicado Cepeda Mendoza y de la quejosa Bricelda Urrea -titulares del derecho- residían en jurisdicción de Paratebueno.

Que posteriormente hayan cambiado esa residencia (cuestión no demostrada en autos, además), no incide para nada en la inicial competencia que se fijó correctamente con fundamento en la residencia de los menores hijos.

Sobre el particular dijo esta Sala en auto de primero de abril último:

"Téngase en cuenta, además, que la competencia no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues a la queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querella. En providencia de 27 de febrero de 1990, dijo al respecto esta Sala:

"Mas resulta que posteriormente madre y menor emprenden viaje a Bogotá y es en esta ciudad donde establecen su residencia: para la Sala es claro que esa mutación territorial no puede tener la capacidad de 'remover' o 'revocar' de suyo la *competencia* que por tal factor había echado raíces *en el lugar debido*; es decir, en Florencia, donde -como se vio- nació y 'empezó a permanecer' la acción omisiva que en este proceso se le reprocha al sindicado.

"Si se pensara de modo diferente, como lo hace el Juez de Florencia, tendría que admitirse que en estos casos la competencia estaría al vaivén o al mero capricho del titular del derecho, y que el proceso tendría que seguir a éste (jurídica y materialmente) por

dondequiera que fuere, en una suerte de peregrinaje de verdad inadmisible (M. P.: Dr. Duque Ruiz)" (destacado del texto original).

Significa lo anterior que la competencia para conocer de este asunto es del referido Juzgado de Paratebueno, a donde se remitirá el expediente.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de este caso corresponde al Distrito Judicial de Cundinamarca. En consecuencia, remítase el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Paratebueno, e infórmese de esta decisión, adjuntando copia de la misma, al Juzgado Promiscuo Municipal de Barranca de Upia (departamento del Meta).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El error, para que tenga la fuerza suficiente de determinar la casación de una sentencia, además de manifiesto debe ser trascendente; esto es, tan protuberante, que de no haberse incurrido en él, la sentencia hubiera sido sustancialmente distinta. Esta influencia decisiva del error en el fallo corresponde demostrarla al actor, sin que la Corte, en virtud del principio de limitación de este recurso, pueda suplir la referida omisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8369. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 101 nov. 3/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de noviembre de 1993.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Reinaldo Santamaría, contra la sentencia emitida el 18 de noviembre del año retropróximo, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá lo condenó a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, al declararlo responsable del delito de "falsedad ideológica en documento público", en concurso homogéneo, que se le había imputado en la resolución de acusación.

1. Hechos y Actuación Procesal

Los hechos que dieron lugar a la formación de este proceso fueron narrados así en la providencia impugnada:

"Afirma el denunciante, doctor Henry Echavarría Sandoval, que en el Juzgado Unico Superior de Aduanas de la ciudad de Cúcuta cursó un proceso contra Jorge Enrique Luna Lara y Doris Guerrero, por el delito de contrabando, habiéndose capturado el camión marca Ford 350, modelo 1979, tipo estacas, color gris perla, con chasis y serie número AJF-37V35856 originales, capacidad tres toneladas y de placas SAY 373 Venezuela; vehículo que fue declarado de contrabando el 16 de octubre de 1982, situación ante la cual fue

puesto a disposición del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cúcuta, y éste, a su vez, lo dejó en depósito en las bodegas de Almaviva S.A., de la misma ciudad.

"Posteriormente el Banco Popular Martillo sucursal Plaza de Mercado de la referida ciudad puso en remate el precitado camión, siendo adjudicado al aquí procesado Ramón Alberto Velasco Guerrero (sic).

"Refiere el quejoso que el señor Reinaldo Santamaría, quien trabajaba como técnico en la Aduana Interior de Bogotá, en sus informes número 4391 del 6 de diciembre de 1982 y número 460 del 26 de enero de 1983, describió el vehículo antes referido así: 'lote 26, tractocamión, marca Ford, serie y chasis número AJF97V35856 no originales, número grabado BPM 75984-82 estampado en el chasis derecho parte medio exterior, placas SAY 373', informes éstos que no concuerdan con las características del automotor que se ordenó el remate.

"Sin embargo, el Banco Popular Martillo de Bogotá, teniendo en cuenta los informes antes referidos, expidió el título de acta de entrega número 03192 del 4 de mayo de 1983, a favor de Velasco Forero, en el que estampó las características del vehículo últimamente relacionado.

"Por tal motivo este señor con dichos documentos procedió a matricular el 6 de febrero de 1985, en las oficinas de Tránsito y Transporte de Bogotá, un tractocamión de placas SE 3042, marca Ford, modelo 1979, tipo estacas, color gris perla, chasis AJF-97V35856, BPM 7598482, de dos puertas y capacidad de treinta toneladas, características éstas que, se repite, no coinciden tanto con el camión Ford 350 motivo de este remate, ni con la identificación original de dicha tractomula.

"Conviene precisar también que la tractomula referida fue hurtada el 20 de diciembre de 1984 a la altura de la represa de El Sisga, por la vía que de Bogotá conduce a Tunja, siendo los propietarios los señores Mario Bosiga y Luis Francisco Ramírez. Por estos hechos se adelanta un proceso en el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá..." (Js. 36 a 38 del cuaderno del Tribunal).

Bajo la consideración de que los "hechos acaecieron en la ciudad de Cúcuta, donde se efectuó la grabación del motor por parte del técnico Reinaldo Santamaría", la denuncia presentada por el doctor Echavarría Sardoval fue remitida a los juzgados de dicha ciudad (fl. 42), habiéndole correspondido el conocimiento de la misma al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal (fl. 43), que abrió la investigación (fl. 50), y entre otras diligencias, escuchó en indagatoria a Ramón Alberto Velasco Forero (fl.112), contra quien profirió medida de aseguramiento (caución prendaria) por el delito de "uso de documento público falso" (fls.120 a 125).

Posteriormente, el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta recibió la injurada de Reinaldo Santamaría (fl. 237), respecto de quien, al momento de resolver su situación jurídica, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento (fl. 244).

Días más tarde, este último Despacho consideró que no era competente para conocer de este asunto porque los documentos se falsificaron en la ciudad de Santafé de Bogotá, y provocando "desde ya, la colisión de competencia (sic) negativa", remitió el proceso "al señor Juez Superior de Reparto" de dicha localidad (fl. 252). Correspondió el proceso al Juzgado Cuarto Superior de esta capital, que asumió su conocimiento (fl. 257).

También, y con base en otra denuncia formulada por el doctor Echeverría Sandoval, se inició una nueva investigación por el Juzgado 37 de Instrucción Criminal de Bogotá, dentro de la cual se escuchó en declaración jurada a Jorge Enrique Serrato Peña (fl. 39), a quien se permitió continuar en libertad mientras se obtenía "una mejor claridad sobre los hechos denunciados" (fl. 42).

Ulteriormente, este Juzgado verificó que el mismo asunto lo venía ya investigando el Juzgado 59 de Instrucción Criminal, y en consecuencia ordenó remitirlo allí (fl. 122), a donde se decidió unificar las investigaciones para tramitarlas "bajo una misma cuerda" y "fallarlas en la misma sentencia, por tratarse del mismo hecho" (fl. 126).

Perfeccionada en lo posible la investigación se ordenó su clausura, y el Juzgado 59 de Instrucción Criminal la calificó con resolución acusatoria contra los tres procesados, en decisión que, apelada, el Tribunal revocó para en su lugar disponer "reabrir la investigación, por el término de un (1) año" (fls. 26 a 39).

Luego de practicadas algunas diligencias más, la investigación fue cerrada nuevamente (fl. 126 C. No. 3) y el mismo Juzgado 59 decidió proferir resolución acusatoria contra los tres procesados, así: contra Reinaldo Santamaría por "falsedad ideológica en documento público", en concurso material homogéneo, como que fueron cuatro los documentos falsificados; contra Serrato y Velasco por el delito de "falsedad en documento privado", y contra el último, además, por el uso de los documentos públicos falsos (fls. 147 a 169 C. No. 3).

Negada la reposición que contra el anterior proveído interpusieron los defensores de Santamaría y Velasco, se concedió el recurso de apelación subsidiariamente presentado (fl. 207), pero antes de que el Tribunal desatara la alzada, el Juzgado ordenó la cesación de procedimiento en relación con Serrato y Velasco, por prescripción de la acción penal (fl. 224), razón por la cual la citada corporación únicamente se ocupó del estudio de la resolución de acusación proferida contra Santamaría, la cual confirmó "en todas sus partes" (fls. 11 a 27 del C. del T.).

Rituada en legal forma la etapa del juicio y luego de celebrarse la audiencia pública, el Juzgado 20 Penal del Circuito declaró responsable al procesado de los delitos que se le imputaron en la resolución de acusación, y lo condenó, en consecuencia, a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y al pago, en concreto, de los perjuicios materiales y morales causados con su ilícita conducta (fls. 140 a 165).

Apelado este fallo por el defensor, el Tribunal, mediante la sentencia fechada el 18 de noviembre de 1992 lo confirmó, con la modificación de que la pena privativa de la libertad, al igual que la accesoria, tendrían una duración de cuarenta (40) meses (fls. 35 a 67).

Contra esta sentencia el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora procede la Sala a resolver.

II. La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor formula dos cargos contra la

sentencia impugnada, por considerar que la misma es violatoria, indirectamente, de la ley sustancial "por existencia de errores de hecho, manifiestos en los autos".

Primer cargo

Luego de transcribir la parte pertinente del fallo recurrido, en la cual se identifican los cuatro documentos que según el juzgador falsificó el procesado, el censor aduce que "si se hubiesen tenido en cuenta los cuatro dictámenes rendidos por expertos y abiertamente favorables" a su poderdante, "otra tendría que ser la conclusión".

A continuación el casacionista individualiza así los dictámenes a que hace alusión:

"A folio 35 del primer cuaderno de fotocopias, tenemos el que rinden los técnicos en automotores de la Sijín Francisco Caro Conde Peña y Salustiano González Lozano, sobre el camión marca Ford, modelo 75, color gris no original, tipo tractomula, placas SE-3042, motor 'no tiene la plaqueta', acta de remate BPM 75984-82, en el que concluyen los peritos que el rodante queda sin identificar por tener los sistemas no originales de fábrica y se desconoce si el mismo haya sido grabado por personas encargadas para tal fin. Agregan:

"'Al revisar el sitio donde la casa ensambladora acostumbra a estampar el número de chasis, se encontró esmerilado la superficie, lo que indica que fue borrado, al aplicar el reactivo químico en el sitio donde fue borrado el número original no dio revelado alguno puesto que el esmerilado que le efectuaron fue profundo'.

"De otro lado, en el folio 231 del mismo cuaderno de fotocopias, el técnico de automotores del DAS, Jaime Barbosa Pardo, rinde dictamen sobre el mismo tractocamión, objeto de investigación en el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, tipo estacas, marca Ford 9000, color gris no original, placas SE-3042, serie del motor no presenta, serie del chasis No. AJF97V35856 'original para Venezuela'. Dice que examinado el lugar del motor donde la casa fabricante acostumbra colocar una plaqueta con la serie de identificación, ésta no se halló y no presenta rastro de limadura sobre el motor. Agrega que en la parte inferior de la cabina se observó un color marrón que no corresponde al original.

"Juan Carlos Sánchez Piñeros, técnico en automotores del DAS, al examinar la tractomula, tipo remolque Ford 9000, color beige y marrón, plaqueta de serie no original, serie de chasis AJF97V35856 característico para Venezuela, consideró que no pudo estimar el modelo y examinada la documentación de 105 folios que le fue suministrada, existen tres vehículos:

"Un tractocamión marca Ford, modelo 1975, el que por numeración no corresponde al vehículo inspeccionado.

"Un tractocamión Ford, modelo 1979, gris perla, chasis y serie número AJF97V35856, el que por numeración y morfología sí corresponde al vehículo examinado de acuerdo con las improntas tomadas dentro de la diligencia y las que figuran al respaldo del folio 90 del anexo 308 del cuadernillo, expedido por Digedauanas el 23 de enero de 1983.

"Finalmente un camión Ford 350, modelo 1979, color gris perla, chasis y serie AJF37V35856, que no corresponde al vehículo inspeccionado de acuerdo con las improntas tomadas dentro de la diligencia y las que aparecen al respaldo de los folios 9 y 12 del anexo 18 y 72 del cuadernillo.

"El cuarto dictamen que suscribe Edilberto Vargas Pinzón, técnico de identificación de automotores Dijin, quien al examinar el referido tractocamión conceptuó que se trata de un modelo 1979, ensamblado en Venezuela, color marrón no original y examinada la documentación son los mismos guarismos que porta el automotor materia de investigación. Es decir, que las características coinciden en todo con la identificación técnica del tractocamión revisado el 23 de enero de 1983. Difieren los dictámenes entre sí, en que el rodante es característico de Venezuela, en que el número de serie y de chasis no son originales y en la coincidencia entre la documentación presentada por el sindicado Velasco y el tractocamión en estudio" (fls. 98 a 100 del cuaderno del Tribunal).

Agrega el libelista que la omisión de considerar las anteriores probanzas "impidió que a mi defendido se le reconociera el favorecimiento de la duda en los términos del artículo 248 del C. de P. P., que rige la sentencia, y, en su lugar, se aplicó el art. 247 *ibidem*, constituyendo la antinomia entre la verdad procesal y la versión del fallador".

Segundo cargo

Lo enuncia así el actor:

"Dijo también la Sala Penal del H. Tribunal de Santafé de Bogotá, D. C., que la defensa ha venido alegando que no se cuenta en el proceso con dictamen grafológico sobre los documentos que en fotocopia aparece firmando Reinaldo Santamaría, para establecer si se trata de falsedad material o ideológica, la antigüedad de la misma y el tipo mecanográfico del cambio del dígito nueve (9) por el tres (3) en lo relacionado con el serial del camión y que fueron honestamente reconocidos por el acusado como aparentemente suscritos por él. A pesar del paso del tiempo y de la cantidad de relaciones que rindió (sic) en el desempeño de su función, anteponen a este argumento el principio de libertad de prueba que consagra el artículo 254 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987) al ser permitido llegar a la verdad real por todos los medios reconocidos por la ley procesal, como los indicios, testimonios, etc." (fls. 101 y 102 *ibidem*).

Considera el censor que "Si bien es cierto que se allegaron numerosos documentos en fotocopias, también es verdad que sobre ellos jamás se valoró si se trató de una alteración ideológica o material y mucho menos, el autor que ampararía un burto que ocurriría años después. Esa ausencia probatoria no respaldaba una declaración de inocencia pero sí una absolución por la existencia de duda racional generada en la falta de certeza".

Consecuente con sus planteamientos, el libelista termina la demanda solicitando a la Corte casar la sentencia impugnada, para que entre a "emitir fallo sustitutivo de carácter absolutorio en favor del señor Reinaldo Santamaría, por las dudas probatorias y como un sencillo acto de justicia".

Respuesta del Ministerio Público

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sostiene que la demanda debe desestimarse y en consecuencia el fallo recurrido no debe ser casado.

En relación con el primer cargo estima que, al contrario de lo que sostiene el libelista, las pruebas que según éste fueron desestimadas por el Tribunal, "en lugar de desvirtuar las falsedades consignadas por el procesado al extender los informes técnicos que se reputan espurios, coadyuvan a reafirmar la apocrifeidad de éstos".

"...sin duda -agrega-, todos y cada uno de los dictámenes señalados por el recurrente como ignorados en la sentencia llevan a concluir que el vehículo examinado, -el que fuera objeto de investigación penal por el delito de hurto en el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá- presenta sus sistemas de identificación por tal forma adulterados, que se borró todo rastro o huella de su originalidad".

Luego de demostrar con una transcripción del fallo de primera instancia que los juzgadores no ignoraron los dictámenes a que alude el censor, la Delegada agrega

"...la premisa en la que se funda la acusación resulta a todas luces falsa, pues aun en el hipotético supuesto de que el juzgador hubiese ignorado los dictámenes a que se refiere el demandante como omitidos -ya que salta a la vista que no fue así-, el juicio de tipicidad y atribuibilidad sobre las falsedades consignadas por el perito Santamaría en los informes técnicos a que se contrae el plenario jamás se hubiese modificado sustancialmente, como para fundar en el supuesto yerro una decisión opuesta a la asumida, como lo aduce el actor, por generarse, en su concepto, dudas favorables a su representado; ya que, por el contrario, del contenido de esos medios técnicos se concluye, como lo concluyó el sentenciador a través de un análisis racional crítico de la prueba en todo su conjunto, que las falsedades cometidas por Reinaldo Santamaría tuvieron en el caso *sub examine* un alcance y concreción específicos que se tradujeron en la finalidad perseguida por el agente a efectos de procurarse un claro y sustancioso beneficio patrimonial, en desmedro de derechos legítimos ajenos, y de ahí el hurto de la tractomula de propiedad de Bosiga y Ramírez para finiquitar la empresa criminosa que se había emprendido años atrás".

De todo lo anterior concluye la Delegada, que "siendo el contenido esencial de la prueba que dice el actor omitida, el mismo presupuesto probatorio que permitió al fallador arribar a las conclusiones señaladas, no resulta cierta la premisa de la censura según la cual, de haberse tenido en cuenta esos dictámenes, otra tendría que ser la conclusión. Y desvirtuándose por ello, la trascendencia de los supuestos yerros alegados, se evidencia sería falla de rigor técnico en la confección del libelo, que lleva al traste con la acusación".

En relación con el segundo cargo, el Procurador considera que el actor escogió una vía de ataque equivocada. "Si como se desprende de la fundamentación de la réplica -argumenta la Delegada-, lo que pretende demostrar el demandante es que a pesar de vislumbrarse la duda *favor rei*, a consecuencia del vacío probatorio que implicó la falta de aportación de prueba idónea para establecer la modalidad de violación del bien jurídico de la fe pública, y de encontrarse, en el hipotético supuesto, la argumentación de la sentencia orientada en tal sentido, lo que ha debido invocar es la vía de transgresión directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del precepto que regula este instituto; esto es, del art. 248 del C. de P. P., como en reiteradas ocasiones sobre el punto se ha pronunciado el máximo Tribunal de Justicia.

"Ahora -continúa la Delegada-, si lo que deseaba era comprobar la duda que surgía de acusados yerros fácticos, por equivocada y ostensible apreciación del juzgador en el análisis de las pruebas, bien podía hacerlo por la vía indirecta, pero sujetándose a todas las exigencias de rigor técnico que demanda la demostración de un error de esta naturaleza, en sede de casación".

Mas como surge de la alegación, remata el Procurador, "ni siquiera el libelista especifica la modalidad de los presuntos yerros acusados, si por falsos juicios de existencia o de identidad, pues cuando se refiere a pruebas dejadas de practicar a fin de establecerse la modalidad de violación al bien jurídico, lo que toca es un aspecto que más tiene que ver con el principio del debido proceso y del derecho de defensa, propios, así mismo, de otra causal de casación, distinta de la incoada".

Antes de finalizar su concepto en el cual, como ya se anotó, pide que el fallo impugnado no se case, la Delegada sugiere a la Corte la expedición de copias para investigar el posible delito de prevaricato en que hubieren podido incurrir los Magistrados que suscribieron y estuvieron de acuerdo con el auto del 28 de septiembre de 1989, asunto al cual más adelante se referirá la Sala.

IV. Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Como ya se expresó, el censor en este reproche se limita a manifestar que el Tribunal en su fallo no tuvo en cuenta los dictámenes que él individualiza, porque, de haberlo hecho, "otra tendría que ser la conclusión".

A los tinosos comentarios que este cargo le mereció a la Delegada, agréguese que el actor no lo desarrolla con toda la suficiencia que le era menester. En efecto, por parte alguna del libelo se demuestra por qué habría de ser otra la "conclusión" del fallo, pues al respecto nada se dice, omisión ésta más que suficiente para desestimar el reproche.

El error, para que tenga la fuerza suficiente de determinar la casación de una sentencia, a más de manifiesto debe ser trascendente, esto es, tan protuberante, que de no haberse incurrido en él, la sentencia hubiera sido sustancialmente distinta. Esta influencia decisiva del error en el fallo correspondía demostrarla al actor, pero no lo hizo, sin que la Corte, en virtud del principio de limitación de este recurso, pueda suplir la referida omisión.

Con toda razón manifestaba su perplejidad la Delegada, al destacar que no veía la trascendencia del error aducido, por cuanto "el contenido esencial de la prueba que dice el actor omitida" es "el mismo presupuesto probatorio que permitió al fallador arribar a las conclusiones señaladas".

Es tan cierto lo anterior, que para establecer la falsedad documental imputada a Santamaría en el fallo de primera instancia, que como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, se integra con el de segunda en todo aquello que no sea incompatible con él o que expresamente no se rechace, se acude de manera expresa al "estudio realizado por el perito técnico de la Sección de Automotores de la Sijín (fl. 10 del cuaderno original 1-2)", elemento probatorio éste que, según inexacta afirmación del libelista, fue uno -el primero en el orden de su enunciación- de los cuatro que omitieron considerar los juzgadores.

Como consecuencia de todo lo expuesto, este primer reproche se desestimará.

Segundo cargo

Esta censura, al igual que la anterior, también es solamente objeto de enunciación, pero nunca de demostración. El actor ha quedado satisfecho con señalarla, al decir que

él, a lo largo del proceso y en su calidad de defensor, ha venido insistiendo en destacar que no se cuenta en él "con dictamen grafológico sobre los documentos que en fotocopia aparece firmando Reinaldo Santamaría, para establecer si se trata de falsedad material o ideológica, la antigüedad de la misma y el tipo mecanográfico del cambio del dígito nueve (9) por el tres (3) en lo relacionado con el serial...".

No obstante que el casacionista, sin aducir motivos razonables o serios para su rebeldía, se resista a aceptar la respuesta que a esta misma argumentación le dio el Tribunal, para la Corte dicha refutación es valedera.

Cuando Santamaría aceptó ser el autor de los documentos falsos y todos los indicios apuntaban a señalar su autoría, no era necesario ningún dictamen pericial, pues lo que pudiera establecerse con él ya estaba debidamente comprobado por otros medios.

Aquí también, se insiste, el actor tenía la obligación de demostrarle a la Corte que la omisión de la prueba grafológica era trascendente en el fallo impugnado, pero no lo hizo, ni tampoco demostró que el Tribunal hubiera incurrido en error alguno al darle a la versión de Santamaría el valor que le otorgó.

El cargo, en consecuencia, se rechazará, y la sentencia, por tanto, no será casada.

De la expedición de unas copias.

Para la Sala, la decisión de los Magistrados que revocaron la resolución acusatoria y ordenaron la reapertura de investigación en este proceso, más que un proceder doloso que amerite una investigación de carácter penal refleja mejor su confusión ante los diferentes dictámenes periciales, razón por la cual no dispondrá la expedición de copias pedida por el Procurador Delegado, quien de todas maneras, si lo estima procedente, podrá presentar la correspondiente denuncia.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IRREGULARIDAD / CASACION OFICIOSA

El numeral 1º del artículo 224 del anterior Código de Procedimiento Penal, entre los requisitos de la demanda, señalaba "la identificación de las partes". Es una exigencia que debe ser obviamente observada, pero su inobservancia de por sí no genera irregularidad sustancial que amerite la inadmisión de la demanda, porque en esencia se trata de un requisito "de mera forma", siempre y cuando del contenido del libelo se pueda deducir, sin dudas, quiénes son partes en el proceso dentro del cual se ha interpuesto el recurso. En las cuestiones de la causal primera de casación, el proceder oficioso de esta Sala está prohibido. El artículo 59 del Código de Procedimiento Penal conservó la prohibición de enajenar, pero amplió su término de duración a un año, contado no ya desde la fecha de la comisión del delito, sino a partir de la vinculación jurídica del sindicado. Es obvio que esta disposición resulta para el procesado más gravosa que la primera (art. 51 anterior Código de Procedimiento Penal), porque extiende el término de la prohibición de enajenar. Atendiendo al principio de favorabilidad de la ley, hace bien el sentenciador al darle aplicación ultraactiva al artículo 51 del anterior estatuto procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Aprobado Acta número 101 nov. 3/93.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 16 de septiembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá impuso a cada uno de los procesados, Jorge Rojas Venegas y Rosalba Bernal de Rojas, la pena principal de 33 meses de prisión, al declararlos responsables de los delitos de falsedad y estafa.

Antecedentes

1. Los hechos materia del proceso se encuentran correctamente resumidos así en el fallo impugnado:

"La señorita Helena Beltrán Pardo, por intermedio de apoderado, formuló la denuncia el 23 de noviembre de 1988 en la cual se da cuenta de una serie de préstamos

con intereses, que hizo en favor de los esposos Rojas, cuantía que ascendió a $7.000.000.00 hasta el 7 de enero de 1987. Aquéllos le declararon estado de insolvencia y ofrecieron para cubrir la obligación dar en pago un inmueble ubicado en el municipio de Chía y cuyo único inconveniente para la traslación del dominio radicaba en una hipoteca pendiente sobre el mismo. La denunciante aceptó el ofrecimiento y entregó a los sindicados la suma de $900.00 (sic) para cubrir el levantamiento del gravamen, y pagó además $1.400.000.00 como sobreprecio, a más de $1.651.842.00 para la adecuación final de la vivienda. Fijada la fecha para celebración de la escritura pública, aquéllos no concurrieron y luego el citado inmueble apareció vendido a un tercero. Pero a más de todo esto, mientras se adelantaban los acuerdos sobre la supuesta dación en pago, aquéllos se hicieron entregar un pagaré extendido por los dos obligados para garantizar la cancelación de los siete millones de pesos, so pretexto de que ya no era requerido, toda vez que se daba el inmueble en pago de dicho dinero".

2. El Juzgado 86 de Instrucción Criminal de la dicha capital abrió investigación y la denunciante se constituyó parte civil. En la respectiva demanda, los perjuicios materiales, por daño emergente, se calcularon en $10.951.482.00, y por lucro cesante, en cantidad superior "de seis millones de pesos" (fls. 59-1). Los morales se fijaron en 1.000 gramos oro. Esa demanda de parte civil fue admitida.

Practicadas algunas pruebas y escuchados en indagatoria a los sindicados, se dictó contra éstos medida de aseguramiento de caución por el delito de estafa (fls.104 y ss.). Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 21 de agosto de 1990, con resolución acusatoria para los referidos esposos Rojas Bernal, por el delito de estafa (f.s. 262 y ss.).

De ese proveído apeló la defensora de los acusados; y el Tribunal, por medio del suyo, de 7 de noviembre de 1990 (fls. 14 y ss.-3), confirmó el enjuiciamiento, adicionándolo en el sentido de acusar también por el delito de falsedad previsto en el artículo 224 del Código Penal, habida cuenta de que los enjuiciados destruyeron el pagaré que, por medio de artificios, habían logrado obtener.

3. El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá llevó a término otras diligencias, celebró audiencia pública (que se inició el 9 de octubre de 1991 -fls. 34 y ss. cuaderno No. 2-) y dictó sentencia el 16 de julio de 1992 (fls. 166 y ss.), por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó a los procesados a la pena principal de 33 meses de prisión y multa de $80.000.00, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios. Otorgó a los acusados la condena de ejecución condicional.

Para cuantificar los perjuicios el juzgador de primer grado tuvo en cuenta que "el monto total de la deuda deberá adicionarse con la corrección monetaria correspondiente según las tasas oficiales de la Superintendencia Bancaria, a partir del año de 1985" (fl. 183), arribando a un total de $37.272.512.91, de lo cual descontó $1.372.388.48 que había consignado el procesado, para un total de $35.900.124.43 como suma de perjuicios que deberán pagar los procesados "dentro de un término no mayor de 18 meses" (fls. 184).

Esa sentencia fue apelada primero por el apoderado de la parte civil (el mismo casacionista), quien resultó inconforme con el monto de los perjuicios; la defensora también apeló, buscando la absolución de los procesados por ausencia de dolo.

El Tribunal confirmó la sentencia, salvo en lo que se refiere a los perjuicios, punto que revocó. Al efecto estimó que como no había peritación sobre los mismos, el Juzgado no podía entrar a liquidarlos en la forma como lo hizo. Así, por concepto de perjuicios materiales condenó directamente al equivalente de 950 gramos oro (fls. 42-4). En relación con los daños morales, el Tribunal dijo que no existían como "daños morales subjetivos", dada la índole de la delincuencia. "Diferente -sostuvo- que se pueda tratar del daño moral objetivo, que sí podría ser causado, pero tampoco valorable mediante avalúo y que por ende debe ser tasado bajo los lineamientos del artículo 106 del C. de P. P. Pero como tampoco es ése el presente caso la providencia se mantendrá, incluso y en lo que se refiere a este aspecto, por lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional" (fls. 42 y 43).

Esa sentencia fue recurrida en casación por el apoderado de la parte civil.

La Demanda

Cargo primero

Lo fundamenta en la causal "primera de casación del inciso 2° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la sentencia del Juez de segunda instancia violó indirectamente una norma de derecho sustancial, pues incurrió en error manifiesto de hecho en la observancia de la prueba".

Sostiene que la prueba ignorada es "la prueba idónea que determina con exactitud el monto real de los perjuicios sufridos por Helena Beltrán Pardo en su patrimonio. Tal yerro fáctico se traduce en no haber apreciado la prueba sobre los intereses moratorios que para la época de la conducta punible y dentro del esquema del contrato de mutuo con intereses en que se venía forjando la negociación procedente a las conductas delictuales, aparece dentro del informativo" (fls. 54-4).

Dice que, así, se violó el artículo 107 del Código Penal, porque pese a la no existencia de dictamen sobre el monto de los perjuicios, el Juez ha debido tasarlos debidamente con los respectivos intereses moratorios. Expresa el casacionista: "Es indudable que el error acá predicado es trascendental, pues de no haberse presentado, el sentenciador, al observar la prueba de los intereses moratorios, no se hubiese acogido al mandato del artículo 107 y muy por el contrario, aunado al capital que se demostró por daño material, hubiese sin duda condenado al pago de los intereses moratorios que se habían estipulado entre las partes, en un monto del 4% mensual como parte del lucro cesante sufrido por la señorita Helena Beltrán Pardo. En cierta forma este yerro conlleva a auspiciar esta clase de delitos para personas que sin escrúpulos deseen mantener dineros de otros valiéndose de estos medios, para que a la vuelta de cinco años cancelen o les obliguen a cancelar la misma suma, sin importar intereses o réditos que en capital de esa cuantía pueda llegar a producir" (fl. 56).

Cargo segundo

No se dio aplicación al artículo 51 del Código de Procedimiento Penal anterior (el aplicable a este caso, dice el actor). "Igualmente -agrega- la sentencia viola por la vía directa por falta de aplicación el artículo 103 del C. P., normas éstas que consagran derechos y obligaciones a cargo de los implicados en un proceso penal, como es la

prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, dentro de los tres meses siguientes a la comisión del ilícito, igualmente la prevalencia de reparar los daños ocasionados con el delito y restablecimiento del derecho" (fl. 57).

Sostiene que el sentenciador hizo mal en aplicar por favorabilidad el artículo 59 del nuevo Código de Procedimiento Penal (que amplía a un año el término traído en el artículo 51 referido), por cuanto el ofendido tiene derecho a que se le aplique la norma más favorable para él. Manifiesta: "Dejar de aplicar el artículo 51 del anterior Código de Procedimiento Penal conduce inevitablemente a desconocer las garantías que para la parte civil se han instaurado, aun con violación del artículo 103 del C. P., por cuanto se desconocen derechos adquiridos de acuerdo con la ley y la prevalencia que sobre materia de obligación genera la responsabilidad sobre cualquier otra obligación adquirida con posterioridad al hecho punible".

Cargo tercero

Se dejó de aplicar el artículo 16 del anterior Código de Procedimiento Penal, "ya que el *ad quem* manifiesta no ser de conocimiento de la justicia penal la declaratoria de nulidad del negocio jurídico entre los procesados y Arturo José Ortiz Umaña, pues no le corresponde a la justicia penal conocer de tales asuntos. Viola ostensiblemente la norma citada, pues al juzgador en material penal, por disposición del artículo 16 del mencionado Decreto 050 de 1987, se le faculta para conocer y decidir sobre cuestiones extrapenales surgidas con ocasión del proceso, de tal manera que se garantice plenamente el restablecimiento del derecho y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con anterioridad al delito" (fl. 58).

Cargo cuarto

Señala que hubo interpretación errónea del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, "toda vez que el funcionario en su parte motiva de la sentencia argumenta que estos tres meses de prohibición se cuentan a partir de instaurar la *denuncia criminis* o el denuncio correspondientes, y ello implica alejarse completamente de manera ostensible de la claridad de la norma, toda vez que está muy claro consagra que los tres meses son los siguientes a la comisión del hecho punible y no de la denuncia instaurada, como quiere hacerlo ver el Tribunal. Ello es acertado, porque es posible que al momento de cometer un delito el victimario trate de insolventarse para burlar así los derechos de las víctimas y en el caso nuestro se cumplen a cabalidad (sic), como lo han expresado en varias ocasiones las mismas Salas del Tribunal Superior, pero que buscan interpretaciones que se salen de una verdadera y firme interpretación" (fl. 59).

Cargo quinto

Se dejó de aplicar el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal anterior, "en lo que respecta al plazo concedido a los procesados para el pago de la indemnización correspondiente, toda vez que el Juez no tiene en cuenta los derechos que la Constitución Nacional y la ley protegen a los ofendidos con los delitos, ello conlleva inevitablemente a que se desconozca por el funcionario la posición de la parte civil dentro del proceso... Tal término no se justifica teniendo en cuenta la modalidad del delito y de la (sic) conducta desplegada por los infractores. Y hace más gravosa la situación del ofendido el restablecimiento del derecho del mismo, que luego de un proceso que se tramitará por

cerca de cinco años, como si fuera poco, les conceden 18 meses a los procesados para cancelar lo adeudado por concepto de indemnización. Si la sentencia no violara las normas sustanciales directamente y en forma manifiesta, daría a que el cobro de los perjuicios se hiciera exigible inmediatamente, sin plazo o condiciones que no hace más que agravar la situación de la ofendida" (fl. 60).

Alegato apreciatorio

La defensora de los procesados dice en su alegato que, ante todo, ha de declararse desierta la impugnación, ya que falta en ésta "la identificación de los sujetos procesales". Al respecto anota que por parte alguna del libelo se menciona a la defensora de los acusados, a quienes, por lo demás, se les cita solamente "por sus nombres", sin apellidos, lo que puede generar confusiones sobre el punto.

En seguida, responde la alegante a los cargos, así:

1. Se debe rechazar el cargo primero porque el casacionista se refiere a causales de casación del procedimiento civil. Sin perjuicio de ello, anota que el sentenciador no disponía de pruebas sobre intereses moratorios. Sostiene que se aplicó bien el artículo 107 del Código Penal, debido a que no existían elementos de juicio para determinar los perjuicios.

2. Que en este cargo no invoca el actor causal alguna; pero entendiendo que alude a la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista se contradice al argüir a veces la falta de aplicación y a veces la aplicación indebida, a más de que alude a las violaciones directa e indirecta de la ley. Sin embargo, sostiene que el artículo 59 del nuevo Código de Procedimiento Penal estuvo bien aplicado, porque "la ley procesal prevalece sobre la anterior desde el momento mismo en que empieza a regir" (fl. 65).

3. Sobre la no declaratoria de la nulidad del contrato de los procesados con Ortiz Umaña (violación artículo 16 C. de P. P.) dice la defensora:

"...no podía hacer el *ad quem* esa declaratoria, toda vez que en manera alguna la compraventa celebrada tiene relación con el contrato de mutuo celebrado entre la denunciante y los hoy condenados. La disponibilidad de un patrimonio que ellos tenían, en los términos que la ley señala, no podía haber sido desconocida de manera arbitraria por el fallador.

"Las cuestiones extrapenales a las que se refería el estatuto adjetivo anterior decían relación a aspectos relacionados directamente con el asunto penal y no a aquellos completamente ajenos a los hechos. Una interpretación diferente hubiese abierto la posibilidad a pretermitir las ritualidades propias de cada procedimiento, como hoy pretende el impugnante que se haga" (fl. cit.).

4. Dice que no hay interpretación errónea del artículo 51 del anterior Código de Procedimiento Penal, puesto que el artículo 59 de su homólogo posterior fue aplicado por favorabilidad. Dice además que para que se pueda hablar de interpretación errónea del citado artículo 51 habría sido necesario que éste se aplicara, pero con alcances distintos, cosa que no ocurrió aquí.

5. Señala que al fijar un plazo a los procesados, para cancelar los perjuicios, el sentenciador "no hace nada diferente de obrar con criterio prudente y razonable

teniendo, sin duda, en cuenta la modalidad del hecho y las circunstancias en que fue, aparentemente, cometido". Dice que la concesión de ese plazo no implica violación al artículo 16 del anterior Código de Procedimiento Penal, como aduce el actor, pues de todas maneras los acusados fueron condenados al pago de los perjuicios.

Pide, pues, que se rechacen los cargos.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la demanda contiene "vicios de técnica" que dan al traste con la misma.

1. Si bien invoca en el primer cargo error de hecho por ignorar la prueba sobre intereses moratorios, en segunda dice que el Tribunal estima la existencia de esos intereses, pero no se refiere a ellos como son, lo cual comporta una evidente contradicción. "Obviamente la vía del cargo debió ser la tergiversación del sentido objetivo de la prueba examinada por el sentenciador", dice la Delegada.

2. "En los cargos 2°, 3°, 4° y 5° plantea violación directa de las normas sustanciales contenidas en los artículos 51 del C. de P. P. por falta de aplicación, artículo 59 del C. de P. P. por aplicación indebida y artículo 16 del mismo C. de P. P. por falta de aplicación" (fl. 11 cuaderno Corte).

"Así -dice- se pide la anulación del acto de traspaso del inmueble por la parte civil. No obstante es claro que la denuncia penal misma fue posterior al acto de compraventa del tercero, por lo cual no pudo ni podía operar la prohibición en comentario...". Indica, por otra parte, que la ley dice que las cosas deben regresar al estado anterior del delito, "cuando por su naturaleza ello sea posible", cosa que no ocurrió en el caso presente, de cara a la compra de buena fe que realizó el tercero, "que no puede ser lesionado por un acto judicial que pretende la indemnización de daños causando otros a terceras personas". Se refiere al artículo 14 del nuevo Código de Procedimiento Penal (antiguo art. 16, restablecimiento del derecho) y acota que esta norma empieza diciendo que "cuando sea posible", esto "para indicar que en cada caso concreto el Juez Penal debe analizar las posibilidades reales de volver las cosas a su situación anterior" (fl. 12). Estima esto aclarando que en este caso se aplicó el artículo 59 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en lugar del artículo 51 aludido.

Dice la Delegada que el casacionista se refiere al artículo 16 del anterior Código de Procedimiento Penal, "pero sin llegar a concretar sus pretensiones ni en cuanto estima los perjuicios por los cuales demanda, ni el monto de la indemnización a que tiene derecho su defendida".

Estima que por lo confuso y ambiguo del libelo, no se puede "descifrar" cuál es la cuantía de los perjuicios que pretende el demandante.

A continuación alude a tres sentencias de esta Sala de Casación (26 de septiembre de 1990. M. P.: doctor Gustavo Gómez Velásquez; 2 de noviembre de 1992 y 19 de diciembre de 1990. M. P.: Dr. Guillermo Duque Ruiz), para indicar: a) Que el Tribunal debe nombrar un perito que avalúe los daños, en caso de que el recurrente apoderado de la parte civil discuta la cuantía de los mismos y ésta no emane claramente del proceso; b) Si el actor

pretende atacar únicamente el tema de los perjuicios, así deberá anunciarlo al momento de interponer el recurso de casación, para precisar si el mismo procede o no.

Pide entonces la Delegada no casar el fallo, porque "aparte de los yerros técnicos cometidos en la presentación de la demanda, el censor no cumplió con las exigencias formales al interponer el recurso y no pudiendo determinarse la cuantía (sic) que persigue se tendrá que admitir que no prosperan las pretensiones del demandante".

Se Considera

1. *Acerca de la técnica de la demanda en general.*

a) Dispone el artículo 220 del anterior Código de Procedimiento Penal, aplicable a este caso: "Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente o referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil". Justamente es lo que acontece aquí, al discutir el demandante solamente la cuantía de los perjuicios, de donde carece de razón la defensora al protestar porque el casacionista haya acudido a las causales de la casación civil.

b) Dice la defensora en su alegato apreciatorio que se rechace el libelo de impugnación porque en el mismo no se mencionan todos los sujetos procesales, concretamente a ella, ni por sus nombres completos, a los procesados.

Es cierto que el numeral 1º del artículo 224 del anterior Código de Procedimiento Penal, entre los requisitos de la demanda, señalaba "la identificación de las partes". Es una exigencia que debe ser obviamente observada, pero su inobservancia de por sí no genera irregularidad sustancial que amerite la inadmisión de la demanda, porque en esencia se trata de un requisito "de mera forma", siempre y cuando del contenido del libelo, como sucede en este caso, se pueda deducir sin dudas quiénes son partes en el proceso dentro del cual se ha interpuesto el recurso.

Ese solo reparo, pues, no comporta el rechazo de la demanda;

c) Tiene razón el casacionista cuando con base en el artículo transitorio 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal se somete a las previsiones del anterior estatuto. Esa es la regla normativa que debe regir, salvo casos de favorabilidad, cuando se trate de cotejar normas procesales de contenido sustancial: es decir, de aquellas que no se limiten a disponer un trámite meramente procesal.

2. *Cargo primero.*

El actor sostiene que por el fallador haber ignorado la prueba acerca de los intereses moratorios derivados del contrato (error de hecho, dice), aplicó indebidamente el artículo 107 del Código Penal, al condenar a pagar perjuicios en sumas equivalentes a gramos oro.

Dígase antes que nada que por parte alguna el censor le demuestra a la Sala (como era su obligación) cuál ha debido ser en su criterio el monto de los perjuicios y por qué el deducido en gramos oro no es bastante. Nada de ello dice, quedándole entonces a la Sala imposible suplantarlo en esa obligación, pues en estas cuestiones de causal primera de casación el proceder oficioso está prohibido.

El artículo 107 en referencia dice en su inciso primero: "Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe en el proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el Juez podrá señalar prudencialmente como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro".

A esa disposición acudió a su juicio el Tribunal con este argumento: "En relación con la condena en concreto, observa la Sala la carencia de dictamen sobre los perjuicios materiales ocasionados, respecto de los cuales no podía el Juez de primera instancia entrar a liquidarlos (fls. 42-1).

El anterior planteamiento del Tribunal es acertado, porque en verdad en el proceso no existe prueba sobre el monto de los perjuicios causados, que dada la naturaleza del asunto, debería ser de carácter pericial.

Es tan cierta esta indeterminación, que ni siquiera el recurrente, como ya se advirtió, cuantifica el valor de su pretensión, limitándose al efecto a citar los folios en donde obran las pruebas omitidas (cinco cheques y un manuscrito de Rosalba Bernal de Rojas fls. 365 y 366 cuaderno 1-), que en su criterio permitían determinar "los términos de la negociación, tales como concepto de intereses a pagar por la mora, fecha y cantidades de los mismos, con las explicaciones del caso", pero sin concretar, repítese, ningún valor (fl. 54 cd. No. 4).

Además, desde un comienzo del proceso hubo apoderado de la parte civil, que no procuró por la determinación de los perjuicios, cosa que tampoco hizo el Ministerio Público, no quedándole entonces otro camino al Tribunal que condenar de acuerdo con las previsiones del artículo 107 del Código, en atención a la exigencia de los artículos 30, 186-7 y 187 del anterior Código de Procedimiento Penal.

No prospera entonces el cargo.

3. *Cargo segundo.*

Falta de aplicación del artículo 51 del anterior Código de Procedimiento Penal e indebida aplicación del artículo 59 del nuevo estatuto.

El dicho artículo 51 dice: "Prohibición de enajenar. El autor o partícipe de un hecho punible no podrá enajenar bienes sujetos a registro dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de comisión del delito, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios".

A su vez, el artículo 59 citado conservó esa "prohibición de enajenar", pero amplió su término de duración a un año, contado no ya desde la fecha de comisión del delito, sino a partir de la vinculación jurídica del sindicado.

Es obvio, desde luego, que esta segunda disposición resulta para el procesado mucho más gravosa que la primera, porque extiende el término de la prohibición de enajenar.

De suerte que atendiendo al principio de favorabilidad de la ley, hizo bien el sentenciador al darle aplicación ultraactiva al artículo 51 del anterior estatuto procesal

4. *Cargo tercero*

Sostiene el casacionista que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 16 del anterior Código de Procedimiento Penal, que dice: "Restablecimiento del derecho. El Juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan del proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho, cuando por su naturaleza sea posible".

De acuerdo con ese planteamiento, asevera el actor que el Juez ha debido decretar la nulidad del contrato celebrado entre los procesados y Arturo José Ortiz Umaña el 27 de octubre de 1987, en relación con el inmueble ofrecido a la denunciante-ofendida.

Sobre este tema, dijo el fallo impugnado: "...debe considerarse en primer término que la negociación efectuada entre los Rojas y Ortiz no pueden ser objeto de 'declaratoria de nulidad', como este sujeto procesal requiere, toda vez que el inmueble simplemente fue utilizado como apariencia en desarrollo de los punibles que en últimas se consumaron, sin que para nada tocaran la titularidad ni el negocio jurídico sobre dicho predio. Y cualquiera otra consideración sobre las circunstancias que rodearon la traslación del dominio se sale del marco estricto de este proceso y aun de la jurisdicción" (fls. 41-4).

Ese artículo 16 en mención, pues, no puede ser aplicado en la amplísima medida que lo pretende el actor, pues aparte de lo dicho por el Tribunal en el párrafo copiado, la disposición en cita es muy clara al indicar que el derecho debe restablecerse siempre y cuando por su índole sea posible, y naturalmente en este caso no lo es, pues el ameritado contrato (simulado o no, es la jurisdicción civil la llamada a determinarlo) se sale del alcance de la justicia penal.

No se olvide que el dicho contrato aparece celebrado el 27 de octubre de 1987 (fls 6-1) y las indagatorias de los procesados se realizaron en el año de 1989.

No prospera el cargo.

5. *Cargo cuarto.*

Dice que el sentenciador interpretó equivocadamente el artículo 51 referido.

El cargo se pierde en el vacío, pues ya se dijo en este proveído que esa norma no fue la que aplicó el fallador, que prefirió darle aplicación al Código de Procedimiento Penal por favorabilidad.

6. *Cargo quinto.*

Dice el casacionista que se dejó de aplicar el referido artículo 16 del Código de Procedimiento Penal (restablecimiento del derecho), al darles a los procesados un plazo de 18 meses para pagar los perjuicios.

Como se otorgó la condena de ejecución condicional a los procesados, el Juez debía fijar un término para pagar los perjuicios conforme lo prevé el artículo 623 del Código de Procedimiento Penal anterior. Entonces, si la ley autoriza ese plazo (su duración la otorga el Juez prudencialmente), no tiene asidero alguno la protesta que al respecto hace el casacionista.

No se casará entonces el fallo.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Es imposible predicar un error de juzgamiento basado en una interpretación contraria a la propuesta por los juzgadores, concretándose entonces el asunto a una discrepancia interpretativa en la que, como es apenas lógico, debe prevalecer la de los juzgadores.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación Número 8409. Casación.

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 102 (Nov. 1/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 5 de noviembre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 19 de diciembre de 1991 el Juzgado Segundo Superior de Cáqueza condenó a Mario Castellanos Guavita como responsable del delito de porte ilegal de armas, a la pena principal de dos años de prisión, y a la vez le absolvió por los hechos punibles de homicidio y lesiones personales.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 30 de julio de 1992 en cuanto al delito de porte ilegal de armas, pero se revocó en relación con la absolución por el homicidio y las lesiones, por lo que, en su lugar, se responsabilizó al procesado por tales delitos, condenándolo entonces a la pena de prisión por el término de diez años y seis meses, al pago de quinientos (500) gramos oro y la suma de dos millones trescientos ochenta y cuatro mil pesos ($2.384.000.00) por concepto de perjuicios ocasionados con el delito.

Interpuesto oportunamente, el recurso extraordinario de casación fue concedido; y presentada la demanda, fue declarada admisible por esta Corporación por reunir las exigencias de ley.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara 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 noche del 21 de marzo de 1990, la familia conformada por Carlos Arturo Avellaneda, María Ismelda Tintín y dos hijas de ellos, Mary Luz y Claudia Patricia, se transportaba en una camioneta de servicio público desde la cabecera del municipio de Chipaque hasta la vereda Nisame, lugar de su residencia; y al llegar al sitio denominado La Chorrera, cuando se disponían a abandonar el vehículo, surgió un altercado inicialmente verbal con Mario Castellanos Guavita y Nelson Castellanos; pero finalmente el primero de éstos disparó su revólver hiriendo a María Ismelda en la ingle y luego a Carlos Arturo en la cabeza, a consecuencia de lo cual este último falleció.

El auto cabeza de proceso se dictó el 22 de marzo de 1990; el 28 del mismo mes y el 2 de abril siguiente fueron escuchados en indagatoria, en su orden, Nelson Castellanos y Mario Castellanos Guavita.

Por auto del 4 de abril se dictó medida detentiva contra Mario Castellanos, no así contra Nelson Castellanos.

Con fecha del 31 de julio de 1990 se dictó resolución de acusación contra Mario Castellanos por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

La diligencia de audiencia pública se realizó el 14 de mayo de 1991; y el mismo año, el 19 de diciembre, se profirió la sentencia de primera instancia; la de segunda, el 9 de julio de 1992.

Argumentos de la demanda

Al amparo de la causal primera de casación el recurrente impugna la sentencia "por haber sido proferida, sobre errores de hecho manifiestos, violando por vía indirecta la ley sustancial penal consagrada en el artículo 29, numeral 4 del C. P.

"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 hubiese sido favorable a las pretensiones de la defensa".

En la demostración del cargo censura al sentenciador porque en la declaración de la denunciante omitió apreciar que ésta es hija del occiso Carlos Arturo Avellaneda y de la lesionada María Ismelda Tintín de Avellaneda, y el hecho de que por la época de los hechos apenas contaba diez años de edad, circunstancias que demeritan su credibilidad.

En relación con la declaración de María Ismelda Tintín de Avellaneda estima que el juzgador omitió apreciar que esta señora es la esposa del occiso y fue lesionada; y que de conformidad con lo dicho por la Corte es digna de credibilidad en cuanto señala al ofensor pero no en cuanto indica las circunstancias como sucedieron los hechos. También censura que hubiera distorsionado el dicho de esta testigo en cuanto a lo que ella realmente dijo y lo que el Tribunal la puso a decir; y resalta lo que en su criterio son contradicciones en que incurrió la declarante.

Para el demandante el juzgador cometió un segundo error al haber omitido el parentesco del occiso con la declarante y la calidad de lesionada de la misma y aceptar en tales condiciones su credibilidad, lo que en su criterio "implica que la sentencia se

estructuró con un medio de prueba cuya credibilidad merece reparos por ser sospechoso e interesado".

El tercer error que el libelista atribuye al juzgador lo hace consistir en haber distorsionado el sentido de la declaración de María Ismelda haciendo aparecer al procesado como "un insensible e inhumano personaje del proceso".

En relación con el testimonio de Claudia Patricia Avellaneda considera que se omitió apreciar su edad y el parentesco, por cuanto siendo hija de las víctimas se trata de un testimonio interesado.

Termina pregonando que "El hecho de que el juzgador hubiese omitido considerar la edad y el parentesco de las dos menores declarantes, y el parentesco y la calidad de lesionada de la viuda de Avellaneda, constituye error grave en la valoración de estos medios de prueba, por cuanto llevó al Tribunal a proferir una sentencia condenatoria con fundamento en la inexistencia de los elementos estructurales de la legítima defensa y valiéndose solamente en la afirmación simplista de la señora María Ismelda Tintín estaba desarmada, lo mismo que su esposo, desconociendo todo el caudal probatorio que acredita esa circunstancia".

En lo relacionado con Mario Castellanos, considera que el juzgador omitió apreciar su confesión calificada, con excepción de algunos aspectos que son citados en la sentencia; de la misma manera que fue distorsionada en cuanto pone a afirmar al incriminado no haber sufrido ningún peligro porque la víctima se hallaba desarmada, cuando en realidad el procesado afirma que la primera que le enfrentó fue la señora María Ismelda y que siempre afirmó haber estado en peligro.

Así mismo predica una distorsión de la confesión cuando se dice que disparó cuando era atacado por los esposos Avellaneda, pero que ello no es así porque cuando habla de los primeros disparos era atacado por la señora y cuando habla de los otros era atacado por el esposo.

El actor asegura que se omitió apreciar la confesión en toda su integridad, porque si bien el procesado aceptó haber sido el autor de los disparos, adujo que lo había hecho para defenderse de los ataques de que era objeto, primero del ataque a piedra por parte de la señora y posteriormente del ataque a cuchillo que le lanzó el esposo.

El impugnante acusa la sentencia porque omitió considerar la declaración de Agustín Mora Mora, prueba que considera de particular importancia, de la cual transcribe algunos apartes en los que este testigo coloca a las víctimas en posición agresiva.

De la misma manera el recurrente estima omitido el testimonio de Tito Moreno Mora, quien dice que sólo le consta haber escuchado tres disparos.

A los errores señalados el demandante atribuye que no se considerara la existencia de la legítima defensa, por lo cual solicita se case la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo.

Alegato de los no Recurrentes

El representante de la parte civil solicita no se case la sentencia, pues considera que el hecho de ser la denunciante hija de los ofendidos no es suficiente para negársele credibilidad y que además su versión aparece respaldada por otros testimonios.

En opinión del titular de la parte civil, la versión de la ofendida es clara y concordante y es tan honesta en su declaración, que no involucra para nada a Nelson Castellanos, quien fue el provocador aun cuando no actuó en los momentos culminantes.

En opinión de la parte ofendida, no se dan los elementos para aceptar la legítima defensa. Y así termina solicitando no se case la sentencia.

El Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal

El Ministerio Público inicia su concepto criticando las falencias técnicas del libelo, porque si bien enuncia errores de hecho, falsos juicios de existencia por omisión e identidad, el desarrollo del cargo el censor los desarrolla como errores de derecho por falsos juicios de convicción "en razón a que cuestiona la prueba testimonial incriminatoria y critica aspectos y consideraciones del acervo probatorio estimados en el fallo impugnado al sostener que el Tribunal erró en su valoración dándoles credibilidad a declaraciones que no le merecían, desechando circunstancias y aspectos que sí le eran favorables como los expuestos en su confesión calificada y en los testimonios de Agustín Mora Mora y Tilo Moreno Mora" pues es bien sabido que la prueba testimonial no está sometida a tarifa legal y por tanto su apreciación queda dentro del margen de valoración que el juzgador le dé sometido a las reglas de la sana crítica.

Concluye resaltando que "el recurso extraordinario es una oportunidad de examinar problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo en ella, pero no es un nuevo debate sobre los medios de prueba observados o considerados en la sentencia como equivocadamente lo entienden los recurrentes, y en este caso el censor, lo que se evidencia al leer su demanda, porque no es un discurso con el cual se pretenda sacar triunfante una opinión personal, sino un juicio técnico para demostrar un error en la apreciación o en la valoración de la prueba, o en la aplicación objetiva del derecho material, con quebranto relevante de los principios de lógica que incidan en lo sustancial del fallo".

Para demostrar la ausencia de técnica en el libelo y a guisa de demostración destaca algunos de sus apartes donde se evidencian tales errores y comienza este balance con la apreciación de los testimonios de las menores hijas de los ofendidos, error que predica el impugnante, basado en que no han debido de ser tenidos en cuenta.

El Delegado hace igual consideración crítica del libelo, en cuanto a las consideraciones respecto del testimonio de la ofendida María Ismelda.

Haciendo referencia a la presunta tergiversación del testimonio de la últimamente mencionada, el Procurador censura al casacionista por formular el cargo olvidando que el error de identidad se produce cuando se distorsiona y tergiversa un medio de convicción, haciéndole producir efectos probatorios que no tiene; y que se trata de una desfiguración ostensible e inexcusable, situación que no se da con este testimonio.

Analizando el reproche referido a la confesión calificada del procesado, el funcionario conceptuante considera que el recurrente incurre en desaciertos técnicos, al no precisar cuáles fueron las omisiones en que, en relación con ella, incurrió el sentenciador; porque la verdad es que sí fue tenida en cuenta —pero bajo una óptica diversa de la del censor, desechándola porque de la valoración de la misma respecto del conjunto

probatorio, ésta no consultaba la realidad jurídico-procesal, para poder otorgar el reconocimiento de la causal de justificación de que trata el art. 29-4 del C. P., en favor del acusado"

El representante de la Procuraduría, refiriéndose a la supuesta distorsión que el censor imputa al sentenciador en relación con la confesión del procesado, opina que entra en contradicción con el cargo anterior, porque si en aquél considera que no se analizó la confesión en su integridad, mal puede afirmar en éste que se tergiversó la misma, pues es un desacierto entremezclar en la fundamentación el cargo por error de identidad, un falso juicio de existencia por omisión, lo que resulta excluyente, en razón de que no se puede distorsionar una prueba que no ha sido siquiera considerada.

Considera el Procurador Delegado que el juzgador hizo un análisis conjunto de la prueba y que allí se incluye la declaración de Agustín Mora Mora, por lo que termina solicitando se rechacen los cargos formulados.

Consideraciones de la Sala

La acusación se formula al amparo de la causal primera por haberse dictado la sentencia con base en "errores de hecho manifiestos, violando por vía indirecta la ley sustancial.. ".

El recurrente inicia la demostración del cargo pregonando la presencia de un falso juicio de convicción, porque se omitió considerar la calidad de hija de la denunciante en relación con las víctimas; y precisamente hace consistir el error en que a la declaración rendida por ella se le hubiera conferido un valor probatorio que no tenía; y con respecto al testimonio de la esposa y también lesionada, que no se hubieran tenido en cuenta los grados de parentesco, además de haber sido tergiversado. Para sustentar el reproche el libelista transcribe fragmentos de la declaración y apartes de la providencia en relación con ella.

En verdad, en el caso presente no se puede predicar, como lo hace el censor, que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta los grados de parentesco existentes entre las citadas declarantes y el occiso, porque es claro que a él hacen frecuente alusión las respectivas sentencias.

El planteamiento revela que el demandante pretendía que por la existencia de esos grados de parentesco y afinidad se desechara la credibilidad de los testimonios; con lo cual finalmente trata de obtener prelación para su criterio evaluativo, por encima del que en su momento dedujeron las instancias; objetivo que, como bien se sabe, es inadmisible en el recurso extraordinario de casación, por la amplitud valorativa que le da al juzgador el sistema de la libre y racional apreciación de los medios de convicción -limitado solamente por los criterios normativos y por lo que enseña la experiencia de los hechos cotidianos-, de tal manera que es imposible predicar un error de juzgamiento basado en una interpretación contraria a la propuesta por los juzgadores, concretándose entonces el asunto a una discrepancia interpretativa en la que, como es apenas lógico, debe prevalecer la de los juzgadores.

Tampoco advierte la Sala que se haya tergiversado el testimonio de la lesionada, porque la síntesis que de él hace el Tribunal, a la luz de nuestro entendimiento, refleja lo

que la testigo quiso decir. Es obvio que como no se trata de una transcripción literal, sino de una síntesis del texto, al confrontar los apartes de lo que dice el Tribunal en relación con esta deposición y lo que aparece en la misma no hay identidad de términos, pero sí de sentido, sin alteraciones.

El recurrente destaca las presuntas contradicciones en que incurrió la lesionada en sus diversas intervenciones en el proceso penal, pero en realidad son formas de interpretación que él hace de dicho testimonio y en caso de aceptar que se dieron, carecerían de trascendencia, pues no servirían de sustento para modificar el sentido de la decisión que ahora es motivo de censura.

El censor sostiene que el juzgador omitió apreciar "todos los hechos y manifestaciones hechas..." en la indagatoria, porque mientras el implicado manifiesta haber sido agredido con arma blanca, el Tribunal afirma que el occiso estaba desarmado. Aquí, en efecto, se presenta una tergiversación de la confesión del procesado porque el Tribunal plasma la siguiente expresión: "...y como lo afirma el incriminado y le reitera José Emigdio Tintín (fl. 150), éste no afrontó en ese momento ninguna situación de apremio, de riesgo, de peligro, entre otras circunstancias porque la víctima se hallaba desarmada...".

Por tanto, se debe reconocer que el juzgador de segunda instancia incurrió en una errónea apreciación, pues el funcionario de primera descartó las declaraciones de la menor denunciante y de su hermana por ser contrarias a la versión dada por la madre de ellas y también ofendida en este proceso, y escogió como testimonios imparciales los del ayudante del vehículo, Emigdio Tintín Barbosa y el del pasajero del mismo, señor Agustín Mora Mora, y con base en ellos dio por demostrado que el occiso estaba armado y que el inculpado sufrió la agresión a piedra por parte de la lesionada y de sus hijas, de donde configuró la legítima defensa en relación con los delitos de homicidio y lesiones personales y condenó por el de porte ilegal de armas.

Por su parte, el Tribunal incurrió en evidentes tergiversaciones de diversos medios probatorios, pero al mismo tiempo se debe aceptar que no fueron trascendentes en cuanto a la decisión finalmente tomada. Es así como en uno de los apartes de la sentencia hace la siguiente afirmación: "A juicio de la Sala, no se reúnen los elementos estructurantes de la causal de justificación a que se hizo referencia, pues aún aceptando que hubo injurias verbales y proferimiento de amenazas por parte de la señora Ismelda Tintín, tal y como lo afirma el incriminado y lo reitera José Emigdio Tintín (fl.150), éste no afrontó en ese momento ninguna situación de apremio, de riesgo, de peligro, entre otras circunstancias porque la víctima se hallaba desarmada, situación que se establece en el plenario a pesar de que no todos los testigos colaboraron para el esclarecimiento de los hechos (fls. 57 y ss.)".

Pero, en realidad, el procesado hace otro tipo de afirmaciones, y es así como sostiene: "...y me fui a apear de la camioneta a bajarme en ese momento fui agredido de palabra por la señora Ismelda diciendo repitiendo lo mismo que era un hijueputa malparido ahí fue para darme cuenta que esas palabras eran contra mí entonces yo le quise evitar, yo mi propósito era irme para la casa evitar problemas y en ese momento ya fui agredido de palabras y con piedra por la señora Ismelda, momento seguido también Carlos Avellaneda sacó un cuchillo y se abalanzó contra mí tirándome puñaladas, diciéndome que este hijueputa ahora sí lo voy a matar...".

Por su parte, el testigo Tintín dice: "...de pronto llegamos al paradero donde se quedaron Mario Castellanos, Carlos Avellaneda, la esposa, y otros pasajeros que no conozco, se bajaron en un sitio que se llama La Chorrera, al frente de la casa del señor Carlos Avellaneda, de pronto se bajó don Carlos de la camioneta, y siguió insultando a don Mario, le decía que se bajara que lo iba a matar y sacó una navaja y lo desafió a pelear, le decía groserías a Mario Castellanos, y Mario no decía nada, él de todos modos se iba a bajar porque vivía allí, cuando Carlos decía o desafiaba a Mario a pelear, Mario todavía estaba en la camioneta, de pronto se bajaron más pasajeros y el señor Carlos Avellaneda se entró a la casa y no sé qué haría y la esposa de él siguió insultando a Mario y le decía que siguiera con ella, que estaba sola, de pronto yo seguí bajando un poco de mercado que llevaba allí cuando sonaron dos tiros, y seguí bajando el mercado y le dije al chofer que arrancara que iba a haber problemas y cuando yo le dije que arrancara en ese momento salió don Carlos Avellaneda a tirarle a Mario, cuando arrancó la camioneta sonaron dos o tres tiros más...".

Con este pasaje probatorio se advierte la tergiversación de las versiones del procesado y del ayudante del vehículo, porque es evidente que ambos deponentes describen como armado al que finalmente resultó muerto y que la señora de éste, también ofendida, no se limitó a lanzar amenazas y agresiones verbales, sino que en compañía de sus hijas lanzaba piedras contra el procesado.

También se observa tergiversación de dichos testimonios en afirmaciones como ésta: "...estando establecido que la señora no estaba armada (ningún testigo se refiere a ello), que apenas se limitaba a ofender de palabra a Castellanos...".

Así las cosas es de admitir que la sentencia impugnada contiene las inexactitudes comentadas, sin embargo, se debe resaltar que ellas en nada modifican la conclusión del *ad quem*, conforme a la cual las agresiones no alcanzaron a constituir un peligro grave que justificase la violenta reacción del procesado, porque dentro del relato transcrito, realizado por el testigo Tintín, es claro que en el instante en que los protagonistas de los hechos descienden del vehículo es cuando Avellaneda hace algunos lances contra el procesado, para poco después ingresar a su domicilio, en tanto que la esposa continuaba con las agresiones verbales. En tal situación, es evidente que el procesado no corría peligro alguno y a pesar de ello disparó en varias ocasiones contra la esposa del occiso ocasionándole una herida en la región de la ingle, y así mismo es obvio que en esas condiciones no se puede pensar en la existencia de una legítima defensa, como de manera inexplicable fue concedida por el funcionario de primera instancia.

Cuando María Ismelda sufre la lesión, le pide auxilio a su marido, quien sale a auxiliarla, armado de una navaja, al decir de Tintín, corroborado en esto por el testigo Mora Mora que la describe como una navajita, y es entonces cuando recibe los mortales disparos en la cabeza.

Evidentemente, en desarrollo de los hechos se produjeron ataques verbales y físicos, pero cuando el procesado reacciona agresivamente, no estaba en peligro ni su vida, ni su integridad personal, lo que da fundamento a la Sala para rechazar la causal de justificación, de conformidad con las exigencias de ley.

Así las cosas, pese a la tergiversación de dos medios de convicción, aquélla no alcanza la entidad de un error de hecho trascendente, porque aún en ausencia del yerro,

la causal de justificación igualmente debía ser rechazada; es así que admitiendo la posición agresiva del muerto y de la lesionada, se debe reconocer que en ninguna circunstancia pusieron en peligro la integridad del procesado, por lo que, con acierto, el *ad quem* rechazó la causal de justificación alegada.

En las condiciones precedentes, ni la tergiversación testimonial ni la omisión del testimonio de Mora Mora, sí mencionado en esta providencia, alcanzan a constituir errores de hecho trascendentes porque, como se dijo en precedencia, aún en ausencia de ellos, la decisión final debía ser la misma, la de rechazar la concurrencia de la causal de justificación.

De lo anterior se desprende la improsperidad de la demanda, dando lugar a que no se case el fallo impugnado.

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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LEGITIMA DEFENSA / DEBIDO PROCESO / ACUMULACION JURIDICA DE PENAS / NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

Evidente aparece que antes de penetrar al benéfico espacio de los resultados de la presunción, hay que demostrar la realidad de los elementos que nutren la presente justificación. Por eso, se repite, el conflicto está no en lo que debe entenderse por esta especial forma de legítima defensa, sino en su cabal y exigible demostración. Desconocer la interpretación procesal de por sí no constituye motivo de invalidación así el funcionario que la quebrante carezca de válidas razones para ello. Y otro tanto debe decirse en torno a la condenación independiente, puesto que la acumulación material de penas que el acontecer procesal determina, bien puede remediarse en la forma como lo prevé el artículo 505 del C. de P. P. La combinación de aspectos que esgrime la causal de nulidad obliga a que "se precise el momento procesal a partir del cual se afectó el trámite: en el caso de rompimiento de la unidad procesal, procedería la anulación a partir del auto que resolvió la situación jurídica de los encartados y fijó el procedimiento por seguir, a la par que en la omisión de práctica de pruebas resultaría necesario reponer lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8019. Casación

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 102 noviembre 4 de 1993

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 1993.

Vistos

Se define el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de Martha Lucía Pinzón, sentenciada a diez (10) años de prisión como responsable del delito de "homicidio", conforme a pronunciamiento emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que lleva fecha de dieciséis de julio de mil novecientos noventa y dos, confirmatorio del emitido por el Juzgado Primero Superior, el treinta de marzo del mismo año.

En ese fallo también, por encubrimiento, se condenó a seis (6) meses de prisión, a Víctor Hugo Contreras.

La impugnación fue admitida en auto de treinta y uno de agosto y la demanda lo fue en proveído de catorce de diciembre del año próximo pasado.

Hechos

Martha Lucía Pinzón, para la época de los sucesos (abril 19/91), convivía con Víctor Hugo Contreras en un rancho ubicado en la Avenida al Llano, frente a la central de mezclas y concretos, sitio destinado a depósito de basuras. Uno de los vigilantes de la mencionada empresa, Gumersindo Pérez Moreno, fue enterado por la Pinzón de la muerte de una desconocida, de unos veinticinco o treinta años de edad, a manos de dicha mujer, dizque porque aquélla pretendía llevarse sus hijos, víctima que fue observada por Pérez, desnuda, con una herida en la cabeza y dentro de la habitación de la procesada. Esto le hizo dar aviso anónimo a la autoridad y con presencia de ésta, en cercanía del rancho, a unos quince metros, se pudo desenterrar el cuerpo de la desgraciada mujer, que fuera muerta con arma de fuego (posiblemente una escopeta), sepultura que además estaba oculta con abundantes desechos, arrojados *ex profeso* allí.

Actuación procedimental

Esta es la anotación que al respecto se lee en el concepto del Ministerio Público:

"Los procesados fueron capturados por la Policía Metropolitana CAI No. 144 San Joaquín, Tercera Estación- veinte días después de los hechos y en su poder les fueron encontrados una escopeta de dardos y un paquete de marihuana.

"Una vez puestos a disposición de la autoridad judicial, el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal Permanente inició la investigación penal respectiva en auto de trece de mayo de mil novecientos noventa y uno.

"Fueron escuchados en diligencia de indagatoria los capturados, quienes manifestaron no ser responsables de los hechos de la muerte de la mujer hallada cerca de su rancho, ni del paquete de marihuana que dicen haberles encontrado: a su vez, explicaron que el arma incautada la encontraron en el basurero pero que nunca la han utilizado. Denuncian también unos objetos perdidos el día en que fueron capturados y las lesiones que sufriera Víctor Hugo Contreras por miembros de la Policía.

"El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal avocó el conocimiento de las diligencias por auto de fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y uno. Amplió las indagatorias y oyó en declaración a Gumersindo Pérez Moreno, vigilante que denunció los hechos, quien informó en esta oportunidad que ocho días atrás llegó a su lugar de trabajo la detenida anunciando que había matado a una señora y fue así que acudió al rancho donde ésta residía y efectivamente vio el cadáver, aconsejando a la sindicada que diera aviso a la autoridad. Agrega que al día siguiente él mismo dio aviso a los miembros de la Policía y asegura que la procesada le confesó que había matado a la mujer porque le iba a robar los niños. Al ser interrogado sobre si escuchó una detonación el día de los hechos, respondió que no.

"Mediante auto de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y uno les fue resuelta la situación jurídica a los sindicados con medida de aseguramiento de detención

preventiva por los delitos de homicidio, porte ilegal de armas y porte de sustancias prohibidas (Ley 30/86) a Martha Lucía Pinzón; a Víctor Hugo Contreras Pineda, por los delitos de favorecimiento, porte ilegal de armas y Ley 30/86, habiéndoles sido negado a ambas el beneficio de la libertad provisional, proveído éste que fue adicionado a fin de resolver sobre el procedimiento por seguir por la situación de flagrancia respecto de los delitos de porte ilegal de armas y los de la Ley 30 de 1986, ordenando compulsar copias para que se investigara por separado, por el procedimiento abreviado, dejando las diligencias a disposición del Juzgado Superior de la ciudad -reparto-, así como al procesado Víctor Hugo Contreras Pineda.

"La defensora de la procesada Martha Lucía Pinzón interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto de fecha mayo veinte de mil novecientos noventa y uno solicitando se mantenga la unidad procesal, el que fue resuelto el siete de junio de mil novecientos noventa y uno ordenando no reponer y concediendo el recurso de apelación. En la misma providencia se ordenó revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a los procesados en virtud del delito de porte ilegal de armas.

"La misma defensora pública solicitó la cesación de procedimiento por el delito de porte ilegal de armas por considerar que el arma incautada no era de fuego, con base en el dictamen pericial, solicitud que fue atendida en forma desfavorable mediante proveído de fecha junio catorce de mil novecientos noventa y uno por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal por considerar que no existían los presupuestos procesales para cesar procedimiento. La defensora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra esta decisión, que al serle resuelto el Juzgado Instructor decreta la nulidad de ella en razón a que el Juzgador carecía de competencia para pronunciarse sobre la cesación de procedimiento.

"Mediante providencia de fecha trece de septiembre de mil novecientos noventa y uno el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal profiere resolución de acusación contra Martha Lucía Pinzón por el delito de homicidio y contra Víctor Hugo Contreras Pineda por el delito de encubrimiento.

"El Juzgado Primero Superior de la ciudad de Bogotá realizó la audiencia pública en fecha doce de marzo de mil novecientos noventa y dos, la cual fue suspendida y continuada el día dieciséis de los mismos mes y año.

"El Juzgado Primero Superior se pronunció en sentencia de primera instancia con los resultados conocidos".

La Demanda

1. Violación directa de la ley sustancial artículo 220-1, inciso 1º, del C. de P. P.

Se afirma la interpretación errónea del artículo 29-4 del Código Penal, pues "el yerro del fallador recae sobre el sentido de la norma sustancial aplicada, o sea que siendo la que, sin duda alguna, regula el asunto material del juicio, dándole un entendimiento equivocado y, por consiguiente, haciéndosele producir efectos que no tiene y que le son perfectamente contrarios" -transcripción textual-.

La recurrente parte, a este respecto, de la incidencia funcamental de la confesión extrajudicial de la procesada, conformada por las manifestaciones a Gumersindo Pérez,

lo cual lleva a señalar que la comentada eximente se da como plenamente probada, resultando un imposible que lo que la ley presume sea motivo de demostración.

Extendiéndose en el punto, anota: "La ley presume la necesidad de la defensa y la racional proporción, por cuanto de la penetración o intento de penetración a la morada, se traduce un peligro extremo e indeterminado para sus moradores imposible de conocer anticipadamente en su dimensión real. Por ello se ha violado de manera directa la norma sustancial invocada, al dársele una interpretación errónea, un entendimiento equivocado, haciéndola producir efectos contrarios a lo allí normado, exigiendo que se pruebe plenamente.

"Sin embargo, los que sí deben estar demostrados son los elementos o presupuestos de la presunción que configuran esta causal de exclusión de antijuridicidad de la conducta o de la justificación del hecho contenida en el artículo 29 numeral 4° inciso 2° del Código Penal y en efecto lo están y así lo ha reconocido en varios apartes la sentencia impugnada por obrar su prueba en el proceso; pero sus consecuencias jurídicas no tienen en la providencia impugnada el alcance que debieran tener, precisamente porque se interpretó erróneamente el artículo 29, numeral 4°, inciso 2° del Código Penal.

"Está probado que se trata de una extraña, tanto para los sujetos procesales como para todo el mundo, puesto que a pesar de los múltiples esfuerzos hechos en la magnífica instrucción efectuada y en la etapa de la causa tanto por las juezas que tuvieron a cargo este proceso como por esta defensa, no fue posible identificarla (ver numerales 2°, 3°, 4°, 12, 14 y 18 del resumen de la actuación procesal relacionados en esta demanda y folio 449 del c. o.).

"Está probado también que NN mujer indebidamente intentó penetrar o penetró a la habitación o dependencia inmediata de mi defendida. A folio 450 del c. o. expresé con anotaciones doctrinales que la presencia de un extraño en domicilio ajeno con intenciones no criminales es escasa, que la realidad es contraria a esto y que casi siempre se pretende un atentado contra los bienes o las personas. No se puede sacrificar la seguridad ciudadana en gracia de una técnica jurídica, siendo preferible que tal presunción sea mal utilizada, que quitar este privilegio de actuar en la forma más drástica que pueda el morador, ante esas eventualidades.

"La penetración o intento de penetración en el domicilio también está probada y así reconocido en la sentencia, por cuanto es el testigo de cargo (fls. 57 y ss.-c. o.) quien afirma dónde vio a NN mujer una vez fue testigo de oídas de la confesión extrajudicial de mi defendida: dentro de la casa como al lado de la cocina ubicada en el piso. A folios 218 a 225 podemos ver que se trataba de una casa dentro del basurero, hecha con madera y teja principalmente, cuya entrada se observa en la foto superior del folio 223 c. o. y a folio 224 un acercamiento a la única pieza y a la cocina que le queda en frente. 'fuera de la habitación, pero dentro de toda la construcción...' (f. 107 c. o.).

"No es que se esté afirmando que el fallador ha desconocido tales hechos o sus pruebas. Lo que ha producido perjuicio es que de haber sido valorada la norma sustancial en su sentido gramatical, legal, acertado, necesariamente se habría tenido que reconocer en favor de la procesada que actuó amparada por esta causal de justificación, como solicito se haga por la Corte Suprema de Justicia, al casar la sentencia con base en la prosperidad a este cargo invocado por la causal primera".

2. Como cargo subsidiario y con apoyo en el artículo 220-1, se puntualiza una violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error de hecho en la apreciación de las pruebas, pues algunas de ellas se estimaron de manera inexacta e incompleta.

En esta censura se tiene ocasión de comentar que "los descargos rendidos en las indagatorias, tendientes a establecer que sí existían otras personas con intereses contrarios a los suyos, quienes han pretendido despojarlos de su terreno y quitarles los hijos, cargos que hacen a los agentes de policía bajo la gravedad del juramento; e igualmente a algún celador de la Central de Mezclas y Concretos en el sentido de que portaba un arma tipo escopeta con la que disparó en varias ocasiones a los sindicados, e igualmente que precisamente uno de los celadores es el principal testigo de cargo y está probado que tenía como arma de dotación la escopeta calibre 16, no fueron atendidos distorsionando el sentido de la prueba, dejando de aplicar los artículos 247, 248, 277, 302 a 304, 358, 360 y 384 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987).

"Como lo expresa la agente del Ministerio Público al descorrer el traslado de la segunda instancia, folio 4 de tal cuaderno, el informe del DAS visible a folio 261 c. o., en el que se consigna que después de eso Gumersindo no supo más, significa que es mera especulación lo dicho por el agente de policía respecto a que se le comentó que los acusados se dieron a la tarea de enterrar el cuerpo de la mujer muerta; también es desmentido por el testimonio del agente Jaime Moreno Méndez, a folio 81 cuando refiere que en el lugar tenían un individuo (el procesado) de quien decían había matado a la esposa o concubina y que interrogados ambos aprehendidos negaron tal suceso.

"Véase cómo todos los rumores que corrieron en ese momento fueron consignados en el diario *El Espacio* (fls. 156 a 165 c. o.) que aparece obrando en el plenario y que no tiene absolutamente nada que ver con la realidad de los hechos investigados, como a la postre resultó probado, puesto que NN mujer permaneció siendo una extraña.

"El hecho de que en su primer testimonio Gumersindo Pérez afirme no haber escuchado detonación alguna y posteriormente con ocasión del contrainterrogatorio cambia la versión; el arma homicida afirmando simultáneamente que mi defendida pretendió dársela para que la guardara, unido a que uno de los agentes dice que él afirmó que en una oportunidad la tuvo a la vista por cuanto el sindicado se la mostró.

"Estos testimonios fueron apreciados parcialmente distorsionándolos, haciéndoles producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto, por error de hecho en la apreciación del testimonio, de acuerdo con el artículo 295 del C. de P. P. por no tenerse en cuenta las contradicciones que obraban entre las dos declaraciones rendidas por el mismo Gumersindo Pérez, entre la versión de éste y la de los agentes de policía, entre la de los agentes entre sí y entre la documental que obra a folios 261 y ss. c. o., donde los agentes del DAS desvirtúan parte de las versiones de Gumersindo en cuanto a los números de teléfonos a los que se comunicó que no corresponden a los sitios por él mencionados y las de los agentes en cuanto a la admisión de responsabilidad alguna hecha ante ellos; y por la violación del artículo 284 del C. de P. P., que establece que todo documento público es auténtico mientras no se demuestre su falsedad, y del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable con base en el principio de integración reglado en el artículo 21 del Decreto 2700, antes 12 del Decreto 050 de 1987, aparte de la consideración de que es plena prueba de lo que allí se consagra por haber sido ordenado

tener en cuenta a folio 270 c. c. teniendo por los sujetos procesales la oportunidad de controvertirla, sin hacerlo.

"Igualmente se da un sentido que no tiene el valor probatorio que le atribuye la sentencia a la declaración de Gumersindo Pérez, ya que las citas efectuadas fueron desvirtuadas también con la documental -oficio- obrante a folios 217, donde se prueba que el número de teléfono suministrado corresponde a una empresa privada; y por la inspección judicial efectuada en la etapa de la causa de la Compañía de Vigilancia Sivico Ltda., donde se prueba a través de los cuadernos que se ordenó anexar y que obran al plenario, que efectivamente tenía como arma de dotación una escopeta calibre 16, que no hay explicación al faltante de munición que le aparece registrada, y que está probado que disparara el arma de dotación y toma nota en el libro de S/N que corresponde a sin novedades, quedando probado así que la munición controlada en este país por el Departamento de Control y Registro de Munición se usa allí sin ninguna precaución ni responsabilidad.

"De no haber mediado el yerro, de no haberse cambiado el sentido al medio probatorio, necesariamente el fallador de segunda instancia tendría que haber llegado a la conclusión de que para que se pueda hablar de que una conducta es punible, ésta debe ser típica, antijurídica y culpable.

"De la misma manera, que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, quedando proscrita toda la forma de responsabilidad objetiva.

"Y finalmente, que nadie podrá ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión.

"Que del análisis probatoria del total obrante al plenario, teniendo en cuenta las normas procedimentales comentadas que incidieron indirectamente en la violación de las normas sustanciales aquí comentadas, necesariamente se debe llegar a la conclusión de que mi defendida no es merecedora de pena por carecerse de plena prueba del contenido culpable de la conducta investigada estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y porque, menos aún, no está probado que por su actuar se realizó el hecho típico, por lo que estimo debe prosperar este cargo, casándose la sentencia impugnada".

3. Para la demandante la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, concretamente la violación del derecho de defensa -artículo 305-3 del Decreto 050/87, hoy Decreto 2700/91 artículo 304-3-.

El aspecto se centra en que conductas propias a posesión de estupefacientes y de un arma (escopeta de dardos), en poder todo ello de los sentenciados, fueron separadas de la investigación del homicidio y se prosiguieron por el trámite del proceso abreviado. La razón del funcionario que así procedió (no todos los delitos lo fueron en flagrancia) no fue compartida y sí combatida por la defensa, aunque con resultados adversos. De ahí, entonces, que se diga que "considero que es una negación injusta de lo pedido por la defensora, cuando se carecía de cualquier otro camino procesal para solicitar se accediera a ello, y ésta afecta el derecho de defensa.

"La condena por el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 no permite a los procesados beneficiarse de los efectos de la acumulación jurídica de penas.

"El trámite del porte ilegal de armas en proceso separado impidió que en el que nos ocupa se evacuaran pruebas de importancia para demostrar si el arma incautada fue con la que se ocasionó la muerte de NN mujer, si disparaba o no, si los perdigones encontrados pudieran pertenecer a un cartucho adaptable a la misma, y, en fin, demostrar plenamente que el arma encontrada a mi defendida no fue con la que se consumó el homicidio y que al no haber ninguna otra arma en su posesión o tenencia es improbable que haya sido la autora del mismo, como se endilga en la sentencia acusada".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Tercera en lo Penal

Como la decisión de la Corte es adversa a la pretensión buscada con el recurso, bien pueden despacharse los cargos en el orden en que se formularon, así el de nulidad quede de último. La variación que suele acostumbrarse al respecto, esto es, iniciar el estudio por el que encara un fenómeno anulatorio del proceso, se explica cuando éste prospera porque, obviamente, su resolución hace inútil el ocuparse de las restantes objeciones.

1. No resulta acorde con la técnica de casación la forma como se presenta y desarrolla el cargo. Se pretende una violación directa de la ley, que para el caso sería el estado de justificación de quien rechaza al extraño que indebidamente intenta penetrar o ha penetrado a lugar jurídicamente protegido y en el cual se encuentra quien ha causado una muerte o una lesión personal, lo cual llevaría a cuestionar solamente el aspecto jurídico que comporta tal instituto, pero aceptándose los aspectos fácticos considerados en la sentencia. Pero la casacionista no se queda en este ámbito y no se puede quedar, en efecto, porque de hacerlo nada tendría que decir en contra de la sentencia. Lo que resulta motivo de fundamental discrepancia, y ya la cuestión se traslada a una violación indirecta de la ley, es advertir si conforme a la prueba considerada por el fallador, que bien puede circunscribirse a la realidad o no de una confesión extrajuicio por parte de la persona comprometida y de algunos otros aspectos indiciarios, se da esta causal de justificación. Para el Tribunal lo manifestado por la Pinzón a quien fuera oyente de esa confidencia no da lugar a estructurar la situación contemplada por el artículo 29-4, inciso segundo, del Código Penal. Mas la demandante entiende cuestión bien diversa, o sea que si se aceptó la confesión extrajuicio, ésta de por sí ya establecía la justificación y no requería más elementos de comprobación, por la presunción que encierra el mencionado dispositivo. Debe insistirse, entonces, que el debate se desplaza a la valoración que merezca el núcleo de probanzas que darían vida a ese obrar conforme a derecho. La contradicción entre lo propuesto y lo atendido realmente es diáfana y permite advertir el anitécnico enfrentamiento del cargo, al punto que da al traste con el puesto que ni la Sala acierta a entender en definitiva la propuesta ni se dan planteamientos adecuados para circunscribir su análisis a la esfera que le es propia.

La demandante cree superar este mayúsculo desacierto al insistir en que, como se presume esa privilegiada legítima defensa, no le es dable al juzgador exigir comprobaciones, como también que si todo el peso del compromiso de la Pinzón se radica en lo que ésta dijera a Gumersindo Pérez, aparece como operación mental inadmisible el que se trate de exigir otra prueba, como también el que se rechace la justificación que encarna esa confesión extrajuicio. Pero la cuestión no está dada con estos perfiles. El Tribunal precisamente cuestiona el mérito de lo dicho por la sentenciada como elemento probatorio idóneo para acreditar la justificación y encuentra, por contrario modo, aspectos de

reproche penal en lo que a Gumersindo Pérez se le dijo y lo que éste alcanzó a observar. La cuestión, entonces, se reduce a un debate sobre si la versión así obtenida conformó o no la justificante. El Tribunal ha dado razones para decidirse en forma negativa; la recurrente no refuta esta posición y trata de desentenderse de la aguda aversión que tiene el juzgador por lo que expresa Martha Lucía Pinzón para delinear un comportamiento legítimo, y, suponiendo que aquél le brindó total acogida a este respecto, pasa a reclamar el efecto pleno de la presunción señalada en el Código Penal. Evidente aparece que antes de penetrar al benéfico espacio de los resultados de la presunción, hay que demostrar la realidad de los elementos que nutren la presunta justificación. Por eso, se repite, el conflicto está no en lo que debe entenderse por esta especial forma de legítima defensa sino en su cabal y exigible demostración.

Si el Tribunal le hubiera dado a la confesión extrajudicio la virtud que le atribuye la demanda, estaría bien la pretensión contenida en ésta; pero, disintiéndose en situación tan frontal e inconciliable, era deber de la recurrente demostrar que la confesión extrajudicio sí se exhibía como atendible y eficaz en lo de establecer la comentada justificación. Y esto, se cierra al comentario, entrañaba la utilización de otra causal bien distinta, o sea la violación indirecta de la ley.

Sobre la misma indicada evaluación, la delegada acota: "No puede aceptarse que con la simple confesión extrajudicial, contradicha por otros medios de prueba en cuanto a una porción de los hechos en ella narrados, según se consignó en los análisis del sentenciador, se exime de prueba la causal de justificación. La equivocada concepción de la libelista, según se deduce, obedece al hecho de que entiende que cuando la norma habla de que se 'presume' la legítima defensa en quien actúa contra el extraño que penetra a su morada, con la simple afirmación del hecho por quien pretende beneficiarse de la justificante queda exento el juez de cualquier otro análisis y valoración, debiendo proceder automáticamente a declarar la ausencia de responsabilidad del procesado". Y más adelante expresa: "...no son los requisitos (los del art. 29-4 C. Penal) los que pueden presumirse, porque al admitirse una posición de esta laya, se abriría un boquete enorme en la impunidad de las conductas delictivas, desfigurando con ello la estructura del hecho punible que debería partir, entonces, de la presunción legal de justificación del hecho, en todos aquellos casos en los que las condiciones materiales lo permitieren".

2. En éste, como bien lo destaca el M. Público, lejos de concretarse un error de hecho, como lo anuncia la demanda, se visualiza un imposible error de derecho. Para destacar la procedencia de esta observación basta transcribir este aparte de la demanda: "Se han tenido en cuenta la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario; mas, sin embargo, se han apreciado de manera inexacta e incompleta, quebrantando la ley sustancial".

Lo que inconforma y desaprueba la impugnadora, en el fondo, es que dándose motivos de descrédito, en cuanto al dicho de G. Pérez, por su interés en mentir, contradicciones, etc., se le llega a creer todo lo que dice. Y esto, a todas luces, no traduce un error de hecho como desacertadamente lo plantea la demanda, sino que conforma un error de derecho, inadecuadamente presentado y fallido en su propósito por referirse a elemento de prueba de libre apreciación por parte del juzgador, el mismo que no faltó a las reglas de la sana crítica en sus acertadas valoraciones. El punto viene, entonces, a resolverse en una simple discrepancia conceptual, situación que no permite otorgarles mayor virtud a las disquisiciones de la recurrente, sino a reconocer el predominio del

contenido de la sentencia, por venir ésta precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

La versión de Pérez Moreno, para el Tribunal, se muestra totalmente atendible, así se trate de realizar con fines aviesos que poseía una escopeta, que la Pinzón había desatendido los requerimientos sexuales de los celadores; que éstos, obedeciendo órdenes de sus patronos, buscaban erradicarla del lugar, que la policía secundaba estos oscuros propósitos y perseguía a aquélla y a Contreras para despojarlos de sus pertenencias muebles e inmuebles, que Pérez Moreno, inicialmente, afirmara haber oído un disparo por el lado del rancho de los moradores, que se contradice en sí mismo y en relación con lo expuesto por los agentes tanto del DAS como de la policía, y todos éstos entre sí.

El juzgador ofrece razones para admitir el testimonio acusador del citado Gumersindo Pérez Moreno, argumentos que la demanda no logra confutar. Esa, su manifestación, la estima "espontánea, sincera, objetiva y desinteresada" y fue confirmada, integralmente, por hechos posteriores sobre los cuales no tenía el declarante dominio distinto del ya relacionado. En efecto, la víctima fue encontrada desnuda en su sepultura y presentaba una herida en la cabeza que la sentencia determina así: "fallecimiento de NN mujer como consecuencia de impacto de arma de fuego de carga múltiple que le produjo el trauma cráneo-facial que la llevó a la muerte". Además, la Pinzón "no osa refutar con seriedad las afirmaciones de Gumersindo Pérez Moreno, y de otra, deliberadamente calla la verdad, al no ser cierto que el cadáver hubiese sido depositado junto con desechos y cubierto con tierra y mayor cantidad de desperdicios, sino que como lo indican Mario Alfonso Sánchez y Héctor Efraín Ayure Martínez había sido sepultado dentro de la tierra, en un hueco, cuya profundidad calculan entre 60 centímetros y 1 metro y de ahí que el celador Gumersindo Pérez Moreno observara tierra removida y promontorio de ésta y quien excavó, Mario Alfonso Sánchez, dice que la tierra en aquel sitio estaba suelta y hace la advertencia de que primero retiró aproximadamente 2 metros de basura, pero luego halló la fosa y fue en ésta que debió utilizar la cuchara del cargador para ampliar la zona de remoción y evitar el destrozo del cadáver, pero no hay tal que con la cuchara se haya cavado la fosa, porque el cadáver estaba enterrado y los dos citados testigos merecen credibilidad, siendo que ningún interés tienen en mentir o deformar la verdad".

De otro lado, Luis A. Riveros, compañero de celaduría de Pérez, observó que éste, en compañía de una mujer, se alejó hacia el rancho de la Pinzón, lo cual concuerda con el dicho de aquél, en el sentido de haber sido buscado por la procesada, permitiéndosele así enterarse de lo ocurrido. Finalmente, la versión de la sentenciada no puede ser más inverosímil cuando relata que cuatro desconocidos, en un volquete, después de pagarle trescientos pesos, le dejaron en su predio un viaje de tierra, junto con el cadáver de esa ignota mujer. Claro que ella se abstuvo de identificar bien el vehículo y sus ocupantes y más todavía de dar cuenta a las autoridades de lo sucedido.

Contra todo este cúmulo de incriminantes circunstancias, muy poca mella hace el análisis de la demandante (v. gr. manejo de Pérez de una escopeta calibre 16, gasto inexplicado de munición, falta de dictamen sobre la posibilidad o imposibilidad de adaptación de un rifle de dardos como arma de fuego, etc.).

3. Así se admitieran que las conductas relacionadas con porte ilegal de armas, que a la postre en nada efectivo resultó al respecto, o de la posesión de marihuana (unas dos

libras), que devino en condena, mostraban conexidad con la conducta homicida y que todos estos hechos podían someterse al amplio trámite ordinario. la apreciación distinta, con base en el fenómeno de flagrancia para aquellos primeros comportamientos no implica la trascendencia que la demanda atribuye a esa ruptura de la unidad procesal, o sea una imperdonable vulneración del derecho de defensa, tema que se pretende reforzar con la omisión de práctica de algunas pruebas.

En primer lugar, la objeción no encuentra debido desarrollo en la impugnación. Puede aceptarse que el mantenimiento de esa unidad facilitaba tanto la labor de instrucción como la de juzgamiento, pero la separación de ese trámite no exponía, por este solo hecho, a una condena, ni menos anulaba o entorpecía la labor de defensa para ninguno de los compromisos penales. También se sabe que desconocer la integración procesal de por sí no constituye motivo de invalidación, así el funcionario que la quebrante carezca de válidas razones para ello. Y otro tanto debe decirse en torno a la condenación independiente, puesto que la acumulación material de penas que este acontecer procesal determina bien puede remediarse en la forma como lo prevé el artículo 505 del C. de P. P.

De otro lado, la delegada igualmente acierta cuando al referirse a la desatención de pruebas solicitadas oportunamente comenta: "la casacionista no especifica qué pruebas habrían podido resultar pertinentes, ni sus hipotéticos resultados, ni la forma como ellos habrían operado en el juicio del sentenciador con capacidad para variar el sentido de la sentencia cuestionada. Por lo demás, debe ponerse de presente que las pruebas solicitadas en su oportunidad fueron decretadas y su no inclusión efectiva en el acervo probatorio no es base suficiente para anular lo actuado, pues aun aceptando que pudiera válidamente demostrarse que el arma incautada no fue la que se utilizó para la realización del homicidio, tal condición no elimina el poder de convicción de otros medios de prueba que apuntan a demostrar la autoría en cabeza de la procesada".

Además, y también la observación corresponde al Ministerio Público, la combinación de los dos aspectos que esgrimen en la causal de nulidad obliga a que "se precise el momento procesal a partir del cual se afectó el trámite; en el primer caso (cumplimiento de la unidad procesal) procedería la anulación a partir del auto que resolvió la situación jurídica de los encartados y fijó el procedimiento a seguir, a la par que en el segundo (omisión en la práctica de pruebas), resultaría necesario reponer lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

"Así planteadas las cosas, no resulta claro si lo que la recurrente quiere es que se case el fallo impugnado (además porque no lo solicita expresamente) para que retrotraiga 'la investigación y se tramiten conjuntamente los delitos conexos o para que se practiquen 'las probanzas' omitidas. En casación, se ha repetido, no se busca el triunfo de las propias tesis sino la demostración de un yerro judicial protuberante que afecte la estructura del proceso".

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su origen, naturaleza y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA / PENA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / FLAGRANCIA / SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION

La jurisprudencia de esta Sala ha precisado, dejando el formalismo por la sustancia, lo objetivo por lo material y procurando lo que importa, o sea el conocimiento del hecho sobre el cual podrá fundarse una intensificación de pena, permitiendo a las partes su discusión eficaz y, por tanto, posibilitándose la asunción de las consecuencias pertinentes en este campo de la punibilidad. De ahí que se estime conveniente pero no imprescindible la mención de un artículo, parágrafo o inciso, en particular, para esto de diminuentes o agravantes. Cuando la ley determina una tan particularizada causal, como lo es la segunda del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, lo relacionado con contradicción de cargos recogidos en la resolución acusatoria y los considerandos en la sentencia, no hay por qué buscar el motivo de casación en causal menos categórica, fuera de entenderse que las dos hipótesis manejadas por la delegada (cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o una aplicación indebida de la norma que regula la circunstancia de agravación punitiva), se subsumen, por igual, en la misma comentada normatividad, y b) porque la violación directa de la ley suele suponer la legalidad del procedimiento seguido, y precisamente en el evento comentado lo que se está combatiendo es esa exigible regularidad, puesto que, respecto de la agravante, se dice que la resolución acusatoria no se compuso en debida forma y de ahí la disparidad que ella y la sentencia ofrecen al olvidarse de la acomodación jurídica que la ley manda se observe entre una y otra. Tratándose de una confesión, es natural que se estime como fundamento de la condena. La flagrancia, que de por sí traduce una revelación de los hechos y autores, a no dudarlo, abrevia la averiguación, lo mismo que el trámite de juzgamiento y fija notablemente los efectos positivos de éste, al menos para quien es objeto de este sorprendimiento de ejecución delictiva.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8079.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 101 noviembre 3 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Nacional, en sentencia de diez de septiembre del año próximo pasado, confirmó de manera integral la pronunciada por uno de los juzgados regionales de esta ciudad capital, fechada el primero de julio del mismo citado año, en la cual, por el delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas" -D. 3664/86, 2- impuso a Norberto Porras León seis (6) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

En dicho proveído se mantuvo la absolución de los procesados Jairo de Jesús Restrepo Agudelo y Hernando de Jesús Martínez Vásquez, resultado este último asumido por las dos instancias, poco digno de respaldo, pero que ahora la Sala no puede cuestionar.

Interpuesto en tiempo oportuno el recurso de casación, éste fue admitido en auto de dieciséis de octubre, así como la demanda pertinente se aceptó en proveído de cuatro de febrero de 1993.

Hechos y Actuación Procedimental

Al respecto escribió la delegada tercera en lo penal:

"El 15 de octubre de 1991, cuando se desplazaba la patrulla 771 de la Unidad Antiterrorismo de la Sijín Mebog por la Autopista Sur de Santafé de Bogotá D. C., siendo aproximadamente las seis (6) de la mañana interceptó el vehículo Ford, modelo 1953 color verde, de placa KA 2907 hallando en su interior un fusil G-3 con dos proveedores para el mismo, por lo que se procedió a retener a sus ocupantes, Norberto Porras León y Hernando de Jesús Martínez Vásquez. Posteriormente fue aprehendido Jairo de Jesús Restrepo Agudelo, quien era el propietario del automotor incautado.

"...

"Capturados los presuntos autores del hecho y puestos a disposición de la Unidad Investigativa de Orden Público de la Sijín Policía Metropolitana de Bogotá, se evacuaron varias diligencias probatorias y entre ellas, oyó la versión libre y espontánea de los capturados. La investigación la abrió posteriormente el Juzgado Setenta y Seis de Instrucción de Orden Público en auto de dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y uno.

"Al día siguiente, el funcionario instructor escuchó a los procesados en indagatoria y por auto de treinta de octubre de mil novecientos noventa y uno les resolvió la situación preventiva y ordenó el embargo y secuestro del automotor.

"Recibidas otras diligencias por la Unidad Investigativa de Orden Público del cuerpo técnico de la Policía Judicial, se cerró la investigación con auto del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y dos, y el nueve de marzo siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Norberto Porras León,

Hernando de Jesús Martínez Vásquez y Jairo de Jesús Restrepo Agudelo como coautores del hecho punible consagrado en el artículo 2º del Decreto 3661 de 1986 adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, proveído en el cual se hizo expresa referencia a la circunstancia de que el arma incautada lo fue cuando era transportada en un vehículo automotor, si bien no se calificó jurídicamente la misma.

"El juez de primera instancia, en auto del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y dos, declaró la iniciación del juicio, por lo que se abrió el mismo a pruebas sin que las partes hicieran petición alguna al respecto. Puesto el expediente a disposición de los sujetos procesales por el término de ocho (8) días, los defensores presentaron los respectivos alegatos y se dictó la sentencia de primer grado cuyo principal resultado ya quedó reseñado".

La Demanda

Primera censura. No se corresponden, en cuanto a los cargos, la Resolución acusatoria y la sentencia -artículo 220 2, C. de P. P.-.

En demostración de ello se destaca que el enjuiciamiento se produjo para los tres comprometidos como coautores de la conducta señalada en el D. 3664/86, 2, adoptado como legislación permanente por el D. 2266/91, y el fallo que se objeta tuvo en cuenta la agravación prevista en el artículo primero del citado decreto.

Segunda censura. Se dejó de lado la confesión de Porras, lo cual constituye una violación directa de la ley sustancial -art. 220-1, C. de P. P.-.

Esta manifestación del procesado fue fundamento de la condena impartida y, por tanto, a los efectos de la disminución de pena señalada en el artículo 301 *ibidem*, no podía el juzgador desentenderse de esta realidad procesal.

Respuesta del M. Público y consideraciones de la Sala

1. La fundamental desarmonía que comenta la recurrente no exhibe los perfiles que determina en la demanda. En efecto, a folios 170 y ss. aparece la resolución acusatoria y en ésta, como bien lo destaca la Delegada Tercera en lo Penal en los dos párrafos de esa decisión que se permite transcribir como definitivos a la dilucidación del asunto se tiene oportunidad de señalar de manera precisa e indubitada que el fusil G-3 y los proveedores, se descubrieron, en la Sijín, "en el tapizado de la puerta delantera" del vehículo conducido por Martínez, cuando a éste lo acompañaba Norberto Porras León.

A esto bien puede agregarse las explicaciones de Martínez, quien adjudica el peso de la conducta a Porras León, pero no deja de reconocer los resultados del procedimiento así como el lugar en donde estaba escondida el arma en el referido automotor.

Es cierto que no se hace la cita específica del precepto legal que consagra la agravación -D. 2266/91, art. 1., literal a)-, pero la jurisprudencia de esta Sala ha precisado, dejando el formalismo por la sustancia, lo adjetivo por lo material y procurando lo que importa, o sea el conocimiento del hecho sobre el cual podrá fundarse una intensificación de pena, permitiendo a las partes su discusión eficaz y, por tanto, posibilitándose la asunción de las consecuencias pertinentes en este campo de la punibilidad. De ahí que se estime conveniente pero no imprescindible la mención de un artículo, parágrafo o

inciso, en particular, para este de disminuentes o agravantes. En el caso examinado es lo que ha ocurrido, y de allí que no pueda hablarse de una oposición jurídica en cuanto a lo que determinó la resolución acusatoria y acogió la sentencia censurada, pues la situación es bien diferente, esto es que entre uno y otro proveído hay armonía, correlación e interdependencia. Y más procedente se muestra el análisis cuando se advierte que en el pliego de cargos se indica: "...se les debe dictar resolución acusatoria como coautores responsables del delito consagrado en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 adoptado como legislación permanente por medio del Decreto 2266 de 1991, *de acuerdo con lo analizado anteriormente...*" -destaca la Sala-.

¿Quién puede dudar de que para este momento se dio una evaluación concreta de la agravante (utilización de medios motorizados), que señala el literal a) del artículo primero del D. 3664/86 (o literal a) del art. 1º del D. 2266/91) citado expresamente en los fallos de primera y segunda instancias y al que alude el artículo 2º, inciso segundo de los mismos mencionados decretos?

El M. Público, en tesis a la cual no asiente la Corte, estima que la vía seleccionada por la recurrente ha sido equivocada, pues en vez de acudir a la segunda del artículo 220 ("cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación"), debió tomar la primera, la violación directa de la ley sustancial, pues el caso revela una "aplicación indebida de la norma que regula la circunstancia de agravación punitiva que rechaza la demandante", agregándose, como demostración del desacierto, que el 220-2 "recoge aquellos casos de falta de identidad entre los cargos que se formulan en la resolución de acusación y los que se definen en la sentencia, que socavan la estructura básica del proceso, conculcando el derecho a la defensa del procesado al condenar el fallador por un hecho punible distinto del que fue materia de investigación que resulta así desconocido en la sentencia al cambiarse de manera sorpresiva por otro diferente del inicialmente imputado".

Y este disentimiento se basa en dos razones fundamentales:

a) Que cuando la ley determina una tan particularizada causal, como lo es la segunda comentada, lo relacionado con contradicción de cargos recogidos en la resolución acusatoria y los considerados en la sentencia, no hay por qué buscar el motivo de casación en causal menos categórica, fuera de entenderse que las dos hipótesis manejadas por la Delegada se subsumen, por igual, en la misma comentada normatividad, y b) porque la violación directa de la ley suele suponer la legalidad del procedimiento seguido y, precisamente, en el evento comentado lo que se está combatiendo es esa exigible regularidad puesto que, respecto de la agravante, se dice que la resolución acusatoria no se compuso en debida forma y de ahí la disparidad que ella y la sentencia ofrecen al olvidarse de la acomodación jurídica que la ley manda se observe entre una y otra.

Segunda censura. Es indiscutible el estado de flagrancia en que fue encontrado el sentenciado. Atendiéndose esta fundamental circunstancia, resulta igualmente incontrovertible la incompatibilidad entre ella y la disminuente propia de la confesión. El texto legal no deja lugar a resquicios interpretativos, pues exhibe una claridad y perentoriedad tales, que es imposible apartarse de su texto, tan explícito en sus finalidades propias, que impide consultar razones teleológicas que no se avienen con esa especial normatividad.

En efecto, el artículo 209 enseña: "A quien, fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho...".

De donde también es dable colegir que, tratándose de una confesión, es natural que se estimase como fundamento de la condena; aspecto que la recurrente explica como situación excepcional para imponer su pretensión. La flagrancia, que de por sí traduce una revelación de hechos y actores, a no dudarlo abrevia la averiguación, lo mismo que el trámite de juzgamiento, y fija notablemente los efectos positivos de éste, al menos para quien es objeto de este sorprendimiento de ejecución delictiva, por lo que sobran quitas punitivas que por lo regular, en el caso de concurrente confesión, traducen un mismo condicionamiento. Resulta lógico que no se tenga en cuenta para atenuaciones punitivas, lo que no es obra del procesado y que, en determinados casos, puede hasta inexistir, pues la consecución de tales efectos se logra por otros medios, inherentes a la flagrancia.

La Delegada tiene ocasión, además, de destacar las impropiedades de la demandante sobre este punto, tomadas como *lapsus calami* (primero, que sí es factible la disminente y después que "no es posible en esta clase de delitos -porte ilegal de armas- el beneficio del artículo 301, pues el hecho punitivo se configura sin la existencia de la flagrancia, de donde tendríamos que concluir que no es posible la rebaja"), aunque bien pudiera apuntarse tal confusión por el peso específico de la nitidez del texto citado, el cual lleva a la recurrente a recalcar, así sea de manera inconsciente y pasajera, en su contenido y alcance.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA
(Salvamento Parcial de Voto)

La base del juicio se refleja en una acusación. Entienden los juristas, con lucidez mayor o menor, que la resolución acusatoria debe contener tanto el hecho que se estima delictuoso como las circunstancias -específicas y genéricas- que lo rotulan. Así lo ordena la ley (ordinal 1ª del artículo 441 del C. de P. P.).

El pronunciamiento tiene un contenido eminentemente sustancial y significativo, toda vez que es en este momento procedimental donde se especifican -y no de cualquier manera- los cargos que el Estado o el Poder Social formulan al acusado para que ejerza a plenitud el derecho de defensa de cara a la pretensión acusatoria. Esta es una exigencia de justicia que ningún sistema procesal puede omitir so capa de quebrantar el mismo derecho de defensa, una de cuyas manifestaciones más descollantes apunta al conocimiento textual y fiel de la imputación que motiva la causa.

El orden de la acusación debe, pues, ser exacto y estricto en cuanto al hecho imputado; y la persona del autor, desenvolverse dentro de los límites y cauces delimitados, estricto sensu, y finalmente, mostrarse respetuoso, en grado sumo, de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. Sólo ante un debate que atienda escrupulosamente la calificación del hecho y sus circunstancias por aglutinar a su alrededor todos y cada uno de los elementos recogidos en la investigación instructora, puede la defensa penal hacer valer con eficacia sus derechos, oponerse a una pretensión penal definida y garantizar la absoluta vigencia del principio de contradicción.

En el acto sub examen omitió el funcionario calificador indicar, con la precisión requerida, la presencia de la circunstancia de agravación prevenida en el literal a) del artículo 1º del Decreto 3664 de 1980 (utilización de medios motorizados). Todo el que conozca medianamente de la técnica jurídico procesal sabe de las consecuencias trascendentalísimas que pueden derivarse si en el libelo acusatorio nada se dice acerca de la presencia de una circunstancia de agravación, ya genérica, ora específica.

No puedo, pues, pasar con resignado silencio tan palmaria violación de una de las garantías básicas del derecho de defensa, postura indefendible por su impuro origen y voluminosos defectos técnicos. Detesto las ficciones y el cariz mítico de las cosas que no se escenifican según un claro orden dialéctico. Condenar sin conocer el imputado la exactitud del reproche y la dimensión literal de los cargos es asunto que de verdad no he logrado aún discernir con mis propios pensamientos. Conteste estas inquietudes

quien pueda hacerlo. A mí no me es posible sino publicar llanamente unas cuantas ideas. O sea, lo que acabo de hacer.

Cordialmente.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

DEMANDA DE CASACION / IRA E INTENSO DOLOR / *IN DUBIO PRO REO*

Es contrario a la técnica y a la lógica jurídica alegar violación directa de la ley y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio; es decir, que no se puede sustentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta; sino a través de razonamientos de estricto derecho encaminados a probar el adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal. También ha reiterado que la censura por la vía directa excluye todo debate probatorio debiendo el censor aceptar los hechos que dio por demostrados el sentenciador y la decisión de responsabilidad en los términos consignados en la sentencia. La ira es una alteración subjetiva y personal que sólo favorece al autor del hecho que obra en tal estado movido por un comportamiento ajeno grave e injusto. El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo surge de la incertidumbre insuperable que emerja de la prueba del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8191.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado Balbino Luciano Lizcano la sentencia de 28 de septiembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó la dictada por el entonces Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad (hoy Once Penal del Circuito) que lo condenó a diez años de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de José Angel Flórez Castellanos, reformándola en el sentido de abstenerse de condenar en perjuicios.

Hechos

Son reseñados por el Juzgado del conocimiento, de la siguiente manera:

"Desde muy tempranas horas de la noche del 14 de mayo de 1989, el joven José Angel Flórez Castellanos salió de su residencia y se dirigió acompañado de un amigo a las inmediaciones del barrio Albania de esta capital, donde en diferentes establecimientos se dedicó a ingerir alicorantes, arribando finalmente, aproximadamente a las diez de la noche, a la tienda localizada en la carrera 50 No. 31-71 del mencionado sector, donde entabló conversaciones con Moisés Antolínez Sandoval, cercano pariente suyo.

"En el mismo negocio y desde hacía aproximadamente una hora, se encontraba igualmente Balbino Lizcano Lizcano, a la espera de un amigo e ingiriendo cerveza junto con algunas otras personas.

"Nada inusual sucedió desde el arribo de Flórez Castellanos y sus contertulios, como no fuera la insinuación de algunos de éstos para que detonara el arma de fuego que portaba en la pretina, propuesta que otros rechazaban, decidiendo entonces la señora Blanca Lucila Monsalve Rivera cerrar el establecimiento, momento en el cual el beodo extrajo el arma y la accionó en dirección a la tienda, impactando el proyectil en el vidrio de una de las vitrinas y alojándose finalmente en la pared, originando en su trayectoria unas esquirlas del cristal que impactaron en una de las manos de Lizcano Lizcano, causándole una herida leve.

"Notablemente molesto, Lizcano Lizcano, que se encontraba ubicado detrás del mostrador, se levantó y se trasladó hasta la puerta del establecimiento, extrajo su revólver y lo detonó en dos oportunidades en contra de José Angel Flórez Castellanos, que en ese preciso instante ya se retiraba de ese sitio, alcanzándolo uno de los proyectiles en la cabeza; mientras el otro, en una de las piernas, desplomándose de inmediato.

"Tras advertir a los presentes que el occiso era quien primero había disparado, Lizcano Lizcano se ausentó raudamente del lugar, mientras que el herido fue trasladado de inmediato a un centro asistencial de la ciudad donde pocas horas después falleció".

Actuación Procesal

Aproximadamente un año después de los hechos, agotada la etapa de indagación preliminar, el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió formal investigación penal en desarrollo de la cual oyó en declaración a las personas que presenciaron los sucesos y en indagatoria al sindicado Balbino Lizcano Lizcano, quien aceptó haber causado la muerte de José Angel Flórez Castellanos pero alegando que lo hizo en legítima defensa de su vida.

Explica que la noche de autos, encontrándose dentro de la cantina de Blanca Lucila Monsalve Rivera, aparecieron tres muchachos para él desconocidos preguntándole a otro que estaba en el interior del establecimiento si él era Balbino Lizcano y al obtener respuesta positiva, uno de ellos desde la calle "desenfundó el revólver y me hizo un disparo, yo en segundos desenfundé el mío y le disparé, esto lo hice porque cuando los vi en la calle me miraban mucho y los veía todos nerviosos y sospeché que me iban a hacer algo".

Agrega que disparó en dos ocasiones su revólver contra el agresor a unos seis metros de distancia y que cuando vio que éste "mandó la mano a la cintura, yo me alcancé a parar a ponerme de filo cuando me disparó y yo en segundos yo le contesté porque en

ese momento tenía que defenderme", distinguiendo con el nombre de Moisés Antolínez al muchacho que llamaron los intrusos para indagar sobre su identidad.

El 26 de julio de 1990 el Juzgado de Instrucción Criminal resolvió la situación jurídica del sindicado con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio simple, la que no se logró hacer efectiva, y perfeccionada en lo posible la investigación, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra por el mismo delito, descartando la existencia de la legítima defensa y de la ira alegadas por la defensa como causal de justificación del hecho y circunstancia de atenuación punitiva, respectivamente.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga puso fin a la instancia condenando al acusado ausente Balbino Lizcano Lizcano 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 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 de casación se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial y se formulan dos cargos, a saber:

Primero. Violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 29, numeral 4º del Código Penal, que consagra como causal de justificación del hecho la legítima defensa de la vida; reproche que el libelista respalda en las siguientes consideraciones:

La sentencia impugnada "desechó" o "desestimó" la confesión vertida por el sindicado Balbino Lizcano y los testimonios rendidos por Uriel Mora, Fermín Suárez Landazábal, Alonso Villamizar, Norberto Antolínez, Blanca Lucila Monsalve Rivera y María Doris Basto; pruebas que valoradas en conjunto llevan a demostrar que el occiso llegó a la cantina donde se hallaba el acusado y luego de ubicarlo e identificarlo por su nombre procedió a esgrimir su revólver disparándolo contra él, sin lograrlo, instante en que Balbino reaccionó desenfundando su arma de fuego para accionarla contra su injusto agresor ocasionándole la muerte en defensa de su vida.

La confesión del sindicado fue parcelada o dividida caprichosamente aceptándose en lo que lo perjudica y rechazándose en lo que lo favorece por lo que su equivocada apreciación por el Tribunal Superior, así como la de los testimonios que la confirman en cuanto a la agresión grave e injusta de que fue objeto por parte del interfecto, condujeron al desconocimiento de la causal de justificación contemplada en el numeral 4º, artículo 29 del Código Penal.

Examina luego el recurrente cada uno de los argumentos consignados por el sentenciador de segunda instancia para descartar la causal de justificación invocada, oponiendo a ellos sus personales puntos de vista respecto a la forma como debieron ser apreciadas determinadas circunstancias concluyendo que erró en la valoración de testimonios tan significativos como los de Norberto Antolínez, Fermín Suárez Landazábal y Uriel Mora Vanegas, que dan fe de que José Angel Flórez Castellanos indagó por la identidad del señor que se encontraba dentro del mostrador de la cantina (Balbino

Lizcano) y expresó que iba a cobrar una cuenta pendiente arguyendo "pues la defensa encuentra que se establece una relación de causalidad entre haber preguntado dentro del establecimiento de cantina por Balbino Lizcano y haber manifestado que iba a cobrar una cuenta pendiente, y la ejecución posterior del disparo contra la misma persona".

Refiriéndose a los requisitos de la defensa legítima, los cuales da por establecidos, solicita casar la sentencia disponiendo la absolución de su patrocinado porque las pruebas erróneamente apreciadas "no informan la versión del sentenciado, sino por el contrario le dan fuerza legal"; no sin antes señalar que de aceptarse que alguno de tales testimonios se muestran "sospechosos", lo jurídico y lógico hubiese sido aplicar el principio *in dubio pro reo*.

Segundo. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, cargo que el demandante aduce como subsidiario del anterior, a fin de que se reconozca que su representado Balbino Lizcano Lizcano obró en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto.

Argumenta que a pesar de que los juzgadores de instancia calificaron la conducta del occiso como "imprudente y ligera" al disparar hacia el interior de la cantina poniendo en peligro la vida o la integridad física del acusado y de las demás personas que allí departían, lo que hace suponer razonablemente que Balbino Lizcano reaccionó bajo un estado de iracundia que lo llevó a disparar su arma de fuego causando la muerte de José Angel Flórez Castellanos; sin embargo, no reconocieron en su favor la diminuente punitiva del artículo 60, insistentemente reclamada por la defensa a partir del cierre de la investigación.

Apoyándose una vez más en las declaraciones ya mencionadas, conforme a las cuales da por demostrado que su cliente "reaccionó en forma inmediata como consecuencia de la ira que le produjeron el disparo y los pedazos de vidrio que se incrustaron en uno de los dedos de la mano derecha" se muestra extrañado que el Tribunal Superior hubiera negado la atenuante de la provocación; máxime que "fue el occiso quien se constituyó en la causa eficiente de su propia muerte.

"Esa actitud del occiso -agrega- ese comportamiento fue grave e injusto. Y se constituyó en el factor que desencadenó la ira de Balbino Lizcano Lizcano. Fue el motor y móvil. El que desencadenó la reacción iracunda para que el actor desenfundara el arma de fuego y disparara sobre José Angel Flórez Castellanos".

Afirma que el procesado Lizcano no estaba en condiciones de distinguir si el disparo fue imprudente o ligero y que en la evaluación hecha por el Tribunal para rechazar la diminuente no tuvo en cuenta factores tan importantes como la cultura, la emotividad, la afectividad y el origen campesino del sindicado, que juegan papel importante en su comportamiento.

Solicita casar parcialmente la sentencia impugnada reconociendo que el sentenciado obró en estado de ira "cuya motivación se encuentra en la conducta desarrollada por el interfecto José Angel Flórez Castellanos".

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor argumentando que ninguno de los cargos contenidos en la demanda puede

fructificar porque ambos adolecen del vicio común e insubsanable de apoyarse en la violación directa de la ley sustancial para sustentarse en razonamientos propios de la violación indirecta, lo que constituye atentado grave contra la preceptiva del extraordinario recurso de casación.

No puede el libelista desconocer que cuando se acoge a la violación directa de la ley "es porque se entra a polemizar la posición jurídica que el fallador adoptó frente al caso específico, pues es en ese ámbito en donde emerge la transgresión de la ley, no siéndole posible, por lo mismo, entrar a controvertir los hechos, las pruebas y la valoración que de ellos hizo el juzgador, toda vez que de darse esta última hipótesis es porque la infracción de la ley sustancial se cometió por vía indirecta".

Pero haciendo abstracción de la falta de técnica exhibida en la fundamentación de los cargos hechos a la sentencia que "impide abordar su estudio", tampoco intentó siquiera precisar la clase de error probatorio endilgado al sentenciador limitándose a exteriorizar "una crítica generalizada y particular de los medios de prueba y en especial de los testimonios allegados al proceso", los que dice fueron estimados y desestimados por el fallador, convirtiendo de tal modo la impugnación en "una simple y desabrida alegación de instancia" por desconocimiento total de la técnica casacional y del principio de lógica jurídica.

La acusación se hace confusa "cuando luego de pregonarse la existencia de la legítima defensa, la que se intenta estructurar en cada uno de sus elementos componentes a partir del punto de vista del censor, se termina reclamando, por lo menos, "el principio sabio del *in dubio pro reo*".

Y refiriéndose al cargo por exclusión evidente del artículo 60 del Código Penal, expresa:

"De otra parte, no es cierto que los sentenciadores hayan reconocido la existencia de la atenuación punitiva de la ira en el actuar del procesado, pues si bien se acepta que el proceder del hoy occiso fue 'imprudente y ligero', en manera alguna ello está significando que con este comportamiento "lo hubiese provocado, y mucho menos en forma grave e injusta', además que nunca el imputado a lo largo de su indagatoria expresó ese estado emocional y por el contrario siempre expuso que actuó en defensa de su vida, manifestación ésta que, luego de ser sopesada y valorada bajo los principios de la sana crítica, no fue creída y aceptada por los jueces de primera y segunda instancias".

Consideraciones de la Corte

La Sala no ha cesado de repetir que es contrario a la técnica y a la lógica jurídicas alegar violación directa de la ley y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio; es decir, que no se puede sustentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta, sino a través de razonamientos de estricto derecho encaminados a probar el adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal.

También ha reiterado que la censura por la vía directa excluye todo debate probatorio debiendo el censor aceptar los hechos que dio por demostrados el sentenciador y la decisión de responsabilidad en los términos consignados en la sentencia.

La demanda presentada en este caso contraría abiertamente las indicadas reglas de técnica convirtiéndose en un escrito sustancialmente inepto a los fines del recurso, porque habiéndose acogido expresamente el impugnante al quebranto inmediato o directo de la ley, sin embargo, desvió el ataque criticando el contenido de la prueba, fijando sus alcances probatorios y, finalmente, oponiendo su personal criterio al del fallador para resaltar, por esta vía, la violación de normas sustanciales que tienen que ver con la legítima defensa y la ira, causales de justificación del hecho y atenuación punitiva, respectivamente; vicio que afecta por igual los dos reproches formulados bajo el ámbito de la violación directa de la ley.

De ahí que esta forma de quebranto no pueda sustentarse sobre un replanteamiento de los hechos procesales con miras a que sean enjuiciados de manera diferente de como lo fueron en la sentencia.

Pero esta falla de orden técnico que da al traste con la pretensión infirmatoria del recurrente haciendo que los cargos formulados a la sentencia no fructifiquen no impide a la Sala dejar en claro lo siguiente:

La legítima defensa alegada como justificación del hecho fue materia de amplio debate y decisión en las instancias, pese a lo cual se pretende su reconocimiento en sede de casación dándose por establecido que Balbino Lizcano se incorporó del asiento y accionó el arma de fuego para repeler una agresión injusta, grave e inminente del sujeto extraño que después de haber averiguado por su nombre salió a la calle y le disparó causándole una leve lesión en un dedo de la mano derecha; supuesto fáctico que riñe con el acogido por el Tribunal Superior después de un examen global, coherente y persuasivo del caudal probatorio que lo llevó a dar por demostrado que la víctima en ningún momento indagó por la identidad de su victimario, no lo amenazó al menos le disparó con la intención de causarle daño concluyendo que "Balbino Lizcano Lizcano, al oír el disparo y al observar que el dedo meñique de su mano derecha manaba sangre por haberlo lesionado uno de los fragmentos del vidrio del escaparate que destrozó el proyectil, se paró y salió por detrás del mostrador de la tienda hasta la puerta de la calle, donde al percatarse de que el autor del tiro se ausentaba de ese lugar, le disparó dos veces su revólver y al instante aquél cayó gravemente herido al piso", recordando que el móvil del delito no fue otro que el de satisfacer una venganza y que de acuerdo con la dirección del proyectil penetrante por la región temporal inferior derecha del occiso, "de atrás hacia adelante y de abajo hacia arriba", el balazo lo recibió encontrándose de espaldas; circunstancia ésta que hacía perder actualidad o inminencia a la supuesta agresión de José Angel Flórez Castellanos, cuyo accionar fue considerado como imprudente e irreflexivo.

La tardía confesión del sindicado en la que plantea la causal de justificación tantas veces reclamada y otras tantas rechazada, aparece desvirtuada en este aspecto por abundante prueba testimonial y técnica obrante en autos, y los declarantes que la respaldan, entre los cuales Norberto Antolínez, Fermín Suárez Landazábal y Uriel Mora Vanegas, resultan sospechosos y poco creíbles, a juicio de los falladores de instancia.

Una vez más el recurrente se equivocó al pretender que la casación es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinadas pruebas, máxime cuando éstas carecen de valor específico y la crítica se basa en su personal y subjetiva valoración de las mismas.

Si en el fallo impugnado se da por sentado que en ningún momento el occiso provocó al victimario, mucho menos en forma grave e injusta, de modo que esa provocación repercutiera en su estado de ánimo para actuar en la forma en que lo hizo; no se ve cómo pueda reconocerse en su favor dicha diminuente punitiva, con el fácil argumento de anteponer a las sólidas y razonables consideraciones del Tribunal las personales apreciaciones del impugnador. En esa disparidad de criterios no puede prevalecer la interpretación del demandante, toda vez que la decisión del Tribunal viene precedida de la doble presunción de legalidad y acierto.

La ira es una atenuante subjetiva y personal que sólo favorece al autor del hecho que obra en tal estado movido por un comportamiento ajeno grave e injusto; y se ha sostenido con razón, a través del proceso, que la actuación anterior de la víctima, imprudente indudablemente, pero no dirigida en ningún momento a agredir al procesado, no era apta ni suficiente para generar el estado atenuador de la ira, pues la reacción homicida fue producto más del temperamento explosivo y el poco respeto por la vida ajena por parte del actor, que de la provocación de quien a la postre resultara muerto.

Finalmente, no está por demás señalar que el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) al que tímidamente alude el recurrente, sólo surge de la incertidumbre insuperable que emerja de las pruebas del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado; situación ésta que no se vislumbra en autos por la certeza absoluta que campea respecto a la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado.

Así pues, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar.

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 Asunre Balbino Lizcano Lizcano, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CONFESION / TESTIMONIO / SANA CRITICA

Es contrario a la lógica y a la técnica del recurso formular reproches a la sentencia al amparo de presupuestos errores de hecho y sustentarlos como errores de derecho por falso juicio de convicción. Es verdad que la confesión se presume verídica, pero si a ella ha sido calificada, no puede aceptarse en su integridad si aparece en el proceso prueba que la infirme. Por eso enseña el artículo 298 del C. de P. P. que "...para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio..." Conforme al estatuto procesal vigente, ninguna clase de prueba, menos la testimonial y la indiciaria, están sujetas a tarifa legal, sino al sistema de la sana crítica en la que el juzgador realiza una función predominantemente autónoma, atemperada por los principios de la lógica y la experiencia. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente estos medios probatorios, vale decir si goza de prudente arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción difícilmente en esta labor de análisis se puede incurrir en falso juicio de convicción. El ofendido, háyase constituido en parte civil o no, cuando ofrece su versión ante la justicia, es un testigo que debe ser apreciado conforme a las normas de la sana crítica para determinar su aceptación, sin que su versión pueda ser rechazada de antemano por presumir necesariamente que se encuentra impregnada de mendacidad por interés. En caso de retractación de un testigo en todo o en parte, el Juez goza de un prudente arbitrio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para sopesar las versiones encontradas y acoger por la que le parezca digna de credibilidad procurando desentrañar el verdadero motivo de la retractación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8244.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Contra la sentencia del once de agosto de mil novecientos noventa y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó en todas sus

partes la proferida el dieciséis de diciembre de 1991 por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, recurrió en casación el procesado Luis Alberto Pinilla López, condenado a la pena de diez años de prisión como autor responsable penalmente del delito de homicidio en la persona de Rafael Palomo.

Admitido el recurso, declarada ajustada a demanda y escuchado el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la Sala resuelve lo que fuere pertinente.

Hechos y Actuación Procesal

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta imputada como punible al sentenciado Pinilla López se encuentra compendiada con acierto en el concepto del señor Procurador, así:

"...El día primero de mayo de mil novecientos noventa, en las horas de la noche, se encontraban reunidos los señores Luis Alberto Pinilla López, Nicolás Gerardo Gómez Gómez, Héctor Eugenio Carmona Gómez, Rafael Palomo Raveles, Henry Gómez y José Rubelio Marín Gómez, ingiriendo licor en la residencia de Pinilla López, ubicada en la calle Once de Noviembre del barrio Escallón Villa, de la ciudad de Cartagena.

"Transcurría la reunión, cuando los señores Carmona Gómez y Gómez Gómez manifestaron cansancio y se retiraron a dormir; posteriormente, entre la una y las dos de la mañana del día siguiente, el señor Rafael Palomo expresó su deseo de marcharse, convidando a su amigo José Rubelio Marín, quien se negó, partiendo sólo Palomo Raveles.

"Pasados cinco minutos, Palomo Raveles regresó a la residencia diciendo que había sido atracado a poco de haber salido de ella, por lo que Pinilla López se ofreció a salir en su compañía con miras a averiguar lo ocurrido. Encontrándose Palomo y Pinilla en la calle frente a la vivienda, el segundo tuvo un altercado con unos agentes del F-2, situación que interpretó como una celada de Palomo y Marín para despojarlo de su dinero.

"Pinilla López regresó solo a su apartamento y de inmediato increpó airadamente a José Rubelio Marín, quien allí había permanecido, originándose una mutua agresión; se sumó luego de su retorno Palomo Raveles, la cual culminó con las heridas que Pinilla López le infligió a Marín con una navaja y con la muerte de Palomo a manos del mismo Pinilla M.".

Fue objeto de investigación y juzgamiento en este proceso únicamente lo relacionado con el homicidio en Rafael Palomo Raveles, ya que se ordenó investigar por separado las lesiones que el mismo Pinilla ocasionara a José Rubelio Marín Gómez. Por la muerte de Palomo, Pinilla fue condenado en las dos instancias como autor de un delito de homicidio simple, contra la posición de la Defensa que ha sostenido a través de todo el proceso la existencia de una causal de justificación del hecho.

La Demanda de Casación

El defensor del procesado formula contra la sentencia un sólo cargo al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P. P. por violación indirecta de la ley sustancial.

Sostiene el demandante que el Tribunal Superior incurrió en manifiesto error de hecho, al apreciar la declaración del único testigo de cargo, señor Rubelin Marín Gómez, pues se desfiguró su sentido.

En la fundamentación del cargo, considera el recurrente, que para desconocer la situación de legítima defensa que planteaba el acusado en su indagatoria, sólo se recurrió al testimonio del presencial Marín Gómez, quien no es testigo imparcial, por ser sujeto pasivo de la acción desplegada por el acusado y además sujeto procesal como parte civil reconocida en el proceso.

Agrega el casacionista que además en el curso de la audiencia pública el testigo de cargo varió fundamentalmente su versión, retractándose en buena parte, presentándose así "...dos declaraciones como contradictorias, las cuales de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia se excluyen entre sí...". Agrega el actor que no obstante lo anterior el Tribunal se amparó para condenar únicamente en lo que dijo Marín Gómez en su primera versión, y por ello se desnaturalizó lo acontecido "...por causa del grave error de hecho en que incurrió al apreciar de esa manera dicha prueba. Consecuentemente, el mentado Tribunal elaboró un falso juicio de convicción causante de dicho error de hecho, al tergiversar el sentido de la misma.. ".

Concluye el demandante solicitando a la Corte que se case la sentencia impugnada y se profiera sentencia de sustitución, absolviendo al procesado Pinilla con fundamento en la causal de justificación que alega en su indagatoria, ya que, según jurisprudencia de la Corte, "...el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad, cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme, y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil...".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte desestimar el cargo formulado contra la sentencia, por inexistencia del pretendido error de hecho que alega el casacionista.

Inicia su concepto recordando que "...el error de hecho (de ahí su denominación) atañe al examen material de la prueba, mientras que el de derecho (también su nombre lo indica) gira en torno a la contemplación jurídica de aquella facticidad y juridicidad, que se constituyen en los pilares sobre los cuales se erigen esas dos clases de yerros, origen diverso que impide mezclarlos en una especie de simbiosis, o pretender derivar uno de otro, equivocaciones ambas en que incurre el censor, al enunciar una clase de error y desarrollar otro...".

Sentada esta premisa, agrega la Delegada, que en la demanda el actor enuncia la censura por el error de hecho por tergiversación de la prueba, pero que al desarrollar el cargo dedica todo su esfuerzo a la demostración de un error de derecho, por falso juicio de convicción, tratando de restar todo mérito probatorio y toda creebilidad al testimonio del lesionado Marín Gómez. Y al respecto recuerda la Procuraduría, que la prueba testimonial que el casacionista ataca solamente se halla sometida a las reglas de la sana crítica para su apreciación, no siéndole legítimo al recurrente anteponer su propio criterio al del sentenciador.

Sostiene la Delegada que el Tribunal, haciendo uso de la autonomía que la ley le otorga en la apreciación y valoración probatoria, estudió con detenimiento la declaración del señor Marín Gómez, confrontó sus dos versiones que obran en autos, y concluyó en forma razonada y lógica otorgando mayor credibilidad a su primera versión, que encontró respaldada con otros elementos de juicio. Para apoyar su aserto, transcribe la Procuraduría apartes de la sentencia impugnada.

Concluye su concepto la Delegada, afirmando que las alegaciones del recurrente sólo reflejan discrepancias conceptuales, que manifiestan y mantienen en esta particular órbita de emitir su propio juicio de valor en relación con las probanzas, argumentación insuficiente para remover el fallo de condena. De ahí que solicite a la Corte no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Con frecuencia ha tenido que advertir la Corte que es contrario a la lógica y a la técnica del recurso formular reproches a la sentencia al amparo de presuntos errores de hecho y sustentarlos como errores de derecho por falso juicio de convicción. En esta posición equivocada incurre el actor que se limita a refutar las razones que tuvo el Tribunal, para rechazar las explicaciones dadas por el procesado y otorgar mayor credibilidad al testigo de cargo Marín Gómez, pero en este aspecto sólo enfrenta su criterio al del Tribunal, sin poder demostrar que el juzgador incurrió en ostensible y manifiesto error en la apreciación probatoria. Habla de la verosimilitud en el dicho del procesado y de un supuesto interés del declarante, pero no logra establecer que el aspecto fáctico se desarrolló como lo afirma el procesado y no como lo entendió el Tribunal en su sentencia condenatoria.

Es verdad que la confesión del acusado se presume verídica, pero si ella ha sido calificada, no puede aceptarse en su integridad si aparece en el proceso prueba que la infirme. Por eso, enseña el art. 298 del C. de P. P. que "...para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio...".

De esta facultad hasta cierto punto discrecional de que disfruta el juzgador en la valoración probatoria de la confesión, para acogerla en su integridad o para desecharla en todo o en parte, hizo uso el Tribunal, para llegar a la conclusión de que la versión del procesado no debía ser aceptada en su totalidad, ya que la justificación del acto que ella proclamaba se hallaba infirmada o desvirtuada, no sólo por la declaración juramentada de José Rubelin Marín Gómez, sino además por hechos indiciarios de especial valor de convicción que llevaron a pensar que los hechos no habían ocurrido como los planteó el acusado en el curso de la injurada.

En otro aparte de su demanda, critica el actor la sentencia acusada, por haberle otorgado en ella total credibilidad al testimonio del señor Rubelio Marín Gómez, no sólo por ser uno de los ofendidos por el comportamiento punible imputado al acusado, sino además por las discrepancias en que incurre el declarante al retractarse de parte de su dicho en el curso de la audiencia pública. Aquí el cargo se formula con mayor imprecisión, pues el censor refunde dentro del mismo cargo y en relación con la misma prueba los errores de hecho y de derecho, cuando afirma que "...Consecuencialmente el mentado

Tribunal elaboró un falso juicio de convicción causante de dicho error de hecho, al tergiversar el sentido de la misma...".

Como en esencia la inconformidad del recurrente se fundamenta en la credibilidad y valor de convicción que el Tribunal otorgó a la prueba testimonial, es bueno recordar que, conforme al estatuto procesal vigente, ninguna clase de prueba, menos la testimonial y la indiciaria, están sujetas a tarifa legal, sino al sistema de la sana crítica en la que el juzgador realiza una función predominantemente autónoma, atemperada por los principios de la lógica y la experiencia. En consecuencia, si al Juez corresponde apreciar razonablemente estos medios probatorios, vale decir, si goza de prudente arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción, difícilmente en esta labor de análisis se puede incurrir en "falso juicio de convicción" como lo pretende el demandante.

Tampoco es acertado, como lo pretende el actor, que el testimonio de Marín Gómez carezca de valor por provenir de la parte ofendida, o ser uno de los lesionados con la conducta punible investigada.

Ya lo ha expresado la Corte, que el ofendido, háyase constituido en parte civil o no, cuando ofrece su versión ante la justicia, es un testigo que debe ser apreciado conforme a las normas de la sana crítica para determinar su credibilidad y aceptación, sin que su versión pueda ser rechazada de antemano por presumir necesariamente que se encuentra impregnada de mendacidad por interés.

Ya lo había expresado la Corte, que "...La declaración del ofendido es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. Si se logra establecer que las condiciones de percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto mas si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, indicios, etc. ..., que inciden sobre los mismos hechos o que muestren la capacidad delictiva de sus presuntos autores...".

Este criterio de apreciación probatoria fue ratificado por la Corporación en sentencia del 25 de agosto de 1987, cuando se dijo:

"...No es dable, aun en el plano de las hipótesis, admitir como argumento, para desacreditar las reflexiones sensatas del Tribunal, señalar que P. B. como ofendido altera la verdad, que su interés lleva a gratuitas y fantasmagóricas incriminaciones y que nada de lo que dice pudo percibir ni menos puede recordar. Es una generalización tan desmesurada e insólita, que en sí misma lleva el germen de su desconocimiento... Con razón se dice que en tales circunstancias la víctima se constituye en biógrafo de su propia existencia, con un poder de descripción, correlación y agudeza que no se compadece ni con la precaria situación a que se le reduce, ni con sus conocidas aptitudes intelectuales... Lejos, pues, de ser un testimonio desechable, deteriorado o inseguro, adquiere características valiosas distintas...".

Incurre igualmente en un desacierto el actor al afirmar que la declaración en referencia es inexistente, que carece de toda validez, porque el testigo se retractó en la audiencia pública de parte de sus afirmaciones.

Tal posición es insostenible, porque en caso de retractación de un testigo en todo o en parte, el juez goza de un prudente arbitrio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para sopesar las versiones encontradas y acoger la que le parezca digna de credibilidad procurando desentrañar el verdadero motivo de la retractación.

La retractación -ha dicho la Corte- "...no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y crítica de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas 'al como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que le lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso..." (Casación, abril 21/55). Y este proceso de análisis se realizó, en el caso de estudio, por los juzgadores de instancia para otorgar mayor credibilidad a la versión inicial del testigo, aspecto totalmente acorde con las normas procesales que rigen la materia.

Se debe concluir, en consecuencia, que el censor no demostró el error de hecho o de derecho denunciado en su demanda, por cuanto la confesión y el testimonio censurados responden plenamente a las condiciones legales a que esta clase de prueba tiene que someterse para su ingreso al proceso, como también en lo relativo a la apreciación que de ellas hizo el Tribunal para formar su convicción. En estas condiciones, la Corte no casará la sentencia.

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

No casa la sentencia recurrida por el procesado Luis Alberto Pinilla López, de origen, fecha y naturaleza ampliamente anotados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

DETENCION DOMICILIARIA

El artículo 396 consagra la detención domiciliaria en aquellos delitos cuya pena mínima prevista sea la de dos años de prisión o menos, cuando el Juez considere que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad garantizan su presencia al proceso y que no ponen en peligro a la comunidad. El artículo 53 de la Ley 81 de 1993 extendió dicho beneficio en aquellos punibles cuya pena mínima sea de cinco años o menos. La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la Ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la Ley 81 de 1993.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8825.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

El apoderado del procesado Rafael Antonio Carrillo Yepes solicita, con apoyo en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, la sustitución de la detención preventiva que cumple su representado por la detención domiciliaria, ya que se le imputa el delito de tentativa de homicidio cuya pena mínima es la de cinco (5) años y sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad garantizan su comparecencia procesal y no ponen en peligro a la sociedad.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 29 de marzo del corriente año, condenó a Carrillo Yepes a la pena privativa de la

libertad de 60 meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en grado de tentativa y por lo tanto le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 19 de mayo siguiente, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal consagra la detención domiciliaria en aquellos delitos cuya pena mínima prevista sea la de dos años de prisión o menos, cuando el juez considere que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad garantizan su presencia al proceso y que no ponen en peligro a la comunidad. El artículo 53 de la Ley 81 de 1993 extendió dicho beneficio a aquellos punibles cuya pena mínima sea la de 5 años o menos.

Por su parte, el artículo 397 establece los casos en que la medida de aseguramiento es la de detención preventiva y efectivamente su sustitución será procedente, de acuerdo con la nueva disposición en aquellos casos en que se presenten a cabalidad los requisitos que exige el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, desde luego, a partir del momento en que se resuelve la situación jurídica del procesado y hasta cuando se profiere la sentencia de primera instancia.

Lo anterior, en virtud de la aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política. Pero una vez dictada providencia en la que se declare la responsabilidad del procesado y se le imponga una pena, sólo será procedente, al proferir la sentencia otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional que implica su suspensión bajo determinadas obligaciones, o el subrogado de la libertad condicional cuando la pena impuesta supera los tres años de prisión y se han satisfecho las dos terceras partes de la sanción entre detención efectiva y las rebajas o redenciones de pena, una vez ejecutoriado el fallo. Si no se da esta ejecutoria y el procesado satisface los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo que procede es el beneficio de libertad provisional conforme lo preceptúa el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la Ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el juez considere improcedente la concesión de subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la Ley 81 de 1993.

Siendo así que en el presente caso se declaró responsable a Carrillo Yepes por el delito de homicidio en grado de tentativa y que se le impuso como pena la de 60 meses de prisión, negándosele el subrogado previsto en el artículo 68 del Estatuto Penal, la sustitución de la medida de aseguramiento resulta inconducente y por lo mismo le será negada.

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

Niega al procesado Rafael Antonio Carrillo Yepes la sustitución de la detención preventiva por la de detención domiciliaria que demanda su apoderado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DISCIPLINARIA / COLISION DE COMPETENCIA

La Corte Suprema de Justicia perdió por completo la función disciplinaria en relación con Magistrados de Tribunal y Jueces, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 254 y 256 de la Constitución Nacional pasó a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, entidad a la cual se asignó la labor de examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión número 8852.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Han llegado a la Sala de Casación Penal de la Corte, procedentes de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, las diligencias adelantadas contra el doctor Jesús Daniel Camargo Orozco, Juez 46 Civil Municipal, por presuntas faltas contra la ética, a fin de que se dirima la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el citado Tribunal y la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Antecedentes

El doctor José Pablo Niño formuló queja contra el Juez 46 Civil Municipal de Bogotá, doctor Jesús Daniel Camargo, por presuntas faltas de carácter disciplinario consumadas en ejercicio de su función jurisdiccional.

Llegada la queja al Consejo Superior de la Administración de Justicia, esta entidad la remitió para su conocimiento a la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca, entidad que mediante auto del 9 de junio del presente año se declaró incompetente para conocer de las diligencias, por considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto

2652 de 1991 el conocimiento de ellas corresponde a la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá, mientras se instalan las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

A su vez, la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante auto del 16 de septiembre del presente año, se declaró incompetente para conocer de las diligencias alegando que en los Distritos Judiciales donde se crearon Salas Disciplinarias los nominadores perdieron la competencia desplazándose la función disciplinaria a las Salas Especializadas, que para el presente caso lo sería la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca. Adoptada esta decisión, resolvió remitir lo actuado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, para que se dirima la colisión, apoyándose para el efecto en lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 1888 de 1989.

Se Considera

Es a todas luces equivocada la decisión adoptada por la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior Santafé de Bogotá, al remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte para dirimir el conflicto, porque el artículo 53 del Decreto 1888 de 1989 sólo se remite al Código de Procedimiento Penal para señalar trámites y en ningún momento competencias, sino porque además la Corte Suprema perdió por completo la función disciplinaria en relación con Magistrados de Tribunal y Jueces, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 254 y 256 de la Constitución Nacional pasó a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, entidad a la cual se asignó la labor de examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios.

Quiere decir lo anterior que la Carta Política de 1991, al introducir reformas a la estructura de la Rama Judicial, creó el Consejo Superior de Administración de Justicia, al cual asignó, entre otras funciones, las que venía ejerciendo el Tribunal Disciplinario y la Corte Suprema mediante sus Salas Disciplinarias.

El Consejo Superior de la Judicatura fue instalado formalmente el 16 de marzo de 1992 y asumió a partir de esa fecha la plenitud de sus funciones constitucionales y legales, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2652 de 1991.

Dado que a partir de la vigencia del Decreto 2652 de 1991 la jurisdicción disciplinaria se ejerce en primera instancia por las Salas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, "...hasta la fecha en que sean instalados los Consejos Seccionales de la Judicatura..." (art. 27), ello significa que el Superior funcional de las Salas Disciplinarias de dichos Tribunales no es la Corte Suprema de Justicia, desde la fecha en que entró en funcionamiento la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sino esta entidad, llamada ahora por la Constitución y la ley a desempeñar esa función.

En consecuencia y por las razones anotadas, es a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a la cual corresponde dirimir la presente colisión suscitada entre Salas Disciplinarias de distintos Tribunales de Distrito Judicial. Por ello, la Sala de Casación Penal se abstendrá de dirimir el conflicto y ordenará la remisión del expediente al citado Consejo Superior, para que allí se adopte la decisión que corresponda.

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

RESUELVE:

Abstenerse de resolver el incidente de colisión de competencias suscitado entre las Salas Disciplinarias de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca dentro del proceso disciplinario que se adelanta contra el señor Juez 46 Civil Municipal de Bogotá.

Envíese el expediente para los fines pertinentes a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura e infórmese de ello a los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, enviándoles copia de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación, se refiere a la segunda de instancia que es la impugnada, y obviamente no cobija el evento excepcional en que la admisión del recurso es facultad asignada de manera exclusiva a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, siempre que lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8877.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*.

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por la defensora del procesado Orlando Zea Mora.

Antecedentes

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal Municipal de esta ciudad, mediante sentencia de 27 de abril del año en curso, condenó a los procesados Guillermo Vargas Acosta y Orlando Zea Mora a 20 meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos ($50.000), por el delito de abuso de confianza agravado.

El procesado Zea Mora apeló esa sentencia, correspondiendo desatar la alzada al Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito, Despacho que la confirmó con las siguientes modificaciones: Impuso a los procesados Guillermo Vargas Acosta y Orlando Zea Mora, dieciocho (18) y dieciséis (16) meses de prisión respectivamente; concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional; dispuso la cancelación de las órdenes de captura y efectuó algunas precisiones en cuanto a las comunicaciones que se debían librar.

Sin surtir notificación a ninguna de las partes, se ordenó la devolución del proceso al Juzgado de origen, Despacho ante el cual la defensora del procesado Orlando Zea Mora interpuso el recurso de casación excepcional, consagrado en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez admitido el recurso, surtidos todos los traslados y presentada la demanda, fueron enviadas las diligencias a esta Corporación.

Consideraciones de la Sala

Dos irregularidades se advierten en el trámite de la actuación que es materia de este pronunciamiento, las cuales se sintetizan así:

1. El Juzgado que revisó la sentencia por vía de apelación devolvió el proceso el mismo día que se produjo el fallo (junio 22/93), sin notificarlo a los sujetos procesales.

En consecuencia, tampoco se dejó vencer el término de quince (15) días para interponer el recurso de casación, razón por la cual el defensor la presentó ante el Juzgado Municipal.

2. El fallador de primera instancia, no obstante haber declarado en firme la sentencia, posteriormente admitió el recurso extraordinario y procedió a darle el trámite subsiguiente, actuación inexplicable y absolutamente desacertada.

La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación se refiere a la de segunda instancia, que es la impugnada, y obviamente no cobija el evento excepcional en que la admisión del recurso es facultad asignada de manera exclusiva a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, siempre que lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Por lo anterior, se invalidará la actuación surtida a partir de la devolución del proceso al Juzgado del Circuito para que corrija las irregularidades anotadas.

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

RESUELVE:

Primero. Decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto, a partir de la devolución del expediente al Juzgado 44 Penal Municipal (folio 192 cuaderno original).

Segundo. Ordenar que como consecuencia vuelvan las diligencias al Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de esta ciudad, para que proceda conforme a lo indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TARIFA LEGAL / SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Si bien no existe tarifa legal para la valoración de las pruebas, ello no significa que el Juez pueda darles el valor que quiera caprichosa o arbitrariamente, de modo tal que les otorgue crédito a las probanzas que de acuerdo al buen sentido, a la lógica, al sentido común, o, lo que es lo mismo, a la sana crítica, no la tiene. Aunque no existe tarifa legal es viable demandar por error de derecho debido a falso juicio de convicción, cuando se haa violado las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8028.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá. D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jáder Alonso Mejía Gil, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Superior de Fredonia, en la cual impuso al acusado pena de dieciséis (16) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, como autor responsable del delito de homicidio agravado.

1. Hechos y Actuación Procesal

Los primeros los sintetiza el Tribunal en la sentencia así:

"Por razón de los comportamientos irregulares atribuidos a Gabriel Angel Amariles, mayordomo de la finca La Montañita, situada en la vereda El Manf del municipio de Amagá, su propietario, Mario de Jesús Zapata Montoya, contrató los servicios del señor Diego Antonio Callejas Echavarría para que en forma subrepticia verificara la realidad de las informaciones recibidas al respecto. El día 29 de diciembre de 1990, el mencionado Zapata Montoya estuvo de visita en la hacienda, inspeccionando algunos trabajos que

allí se adelantaban, oportunidad que aprovechó Callejas Echavarría para comunicarle cómo había logrado establecer que el mayordomo Gabriel Angel venía dando en arriendo varios potrerales desde años atrás sin autorización del propietario, dineros de los cuales se apropiaba, amén de que se estaban presentando hurtos de ganado y por ello Mario de Jesús dispuso que Callejas Echavarría y Enoc Ramírez procedieran a contar las reses existentes en el inmueble, hecho del cual se enteraron tanto el mayordomo Gabriel como Jáder Alonso Mejía Gil, otro de los trabajadores de la finca. Y aconteció que alrededor de las cuatro y media de la tarde de la fecha anunciada, en momentos en que Callejas y Ramírez cumplían el encargo, les llamó la atención un individuo que llevaba cubierto el rostro y quien luego de dirigirse a Callejas Echavarría con la expresión 'quieto, malparido', le descargó dos disparos de arma de cañón corto, para emprender de inmediato la huida. Como consecuencia de las gravísimas lesiones recibidas en el atentado, se produjo el deceso de Callejas Echavarría. Y como presunto responsable del evento fue privado de la libertad Jáder Alonso Mejía Gil, vinculado al proceso mediante indagatoria. Ulteriormente, Gabriel Angel Amariles García corrió igual suerte mediante emplazamiento legal, aunque su contumacia persiste".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Sesenta de Instrucción Criminal de Caldas. Despacho que, además de recibir varios testimonios, oyó en indagatoria a Jáder Alonso Mejía Gil y le resolvió la situación jurídica con auto de detención, el cual fue confirmado por el Tribunal Superior.

Posteriormente, el proceso pasó por competencia al Juzgado Ochenta y Dos de Instrucción Criminal de Titiribí, el cual vinculó mediante declaratoria de reo ausente y auto de detención a Gabriel Angel Amariles García.

Perfeccionada en lo posible la investigación y agotado el trámite previo, el Instructor calificó el mérito del sumario mediante auto de mayo 22 de 1991, en el cual dictó resolución de acusación contra Jáder Alonso Mejía como autor material de homicidio agravado, y Gabriel Angel Amariles como determinador del homicidio y autor del delito de hurto. Apelada esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia el 9 de junio siguiente.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Unico Superior de Fredonia. En el período probatorio se practicaron otras diligencias directamente y a través de comisionado, luego de lo cual se fijó fecha para la audiencia pública, y una vez surtida, el Juez profirió sentencia condenatoria contra Jáder Alonso Mejía Gil, por el delito de homicidio agravado, imponiéndole pena de dieciséis (16) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, y la obligación de pagar por concepto de perjuicios trescientos sesenta y ocho mil doscientos ochenta y dos pesos ($368.282), más cuatrocientos (400) gramos oro.

A Gabriel Angel Amariles lo absolvió del cargo de homicidio, pero no definió el de hurto, razón por la cual el Tribunal Superior, al conocer por vía de apelación, decretó la nulidad parcial y regresó el expediente al Juzgado para que se pronunciara nuevamente sobre este procesado.

Como el *ad quem* olvidó en ese proveído resolver el recurso respecto de Mejía Gil, en fallo posterior confirmó la decisión adoptada en primera instancia, la cual fue impugnada en casación.

II. La Demanda

El libelista formula un cargo en los siguientes términos:

"2. El motivo de nuestro disenso radica en que el fallador ha incurrido en lo que jurisprudencialmente se ha denominado violación indirecta de la ley sustancial, en su modalidad de error de derecho, pues ha atribuido a Jáder Alonso Mejía Gil la responsabilidad por el delito de homicidio de que trata el artículo 323 del Código Penal, añadida la circunstancia de agravación punitiva contemplada en los numerales 2º y 7º del artículo 324 del mismo estatuto, partiendo de un falso juicio de convicción.

"3. Ciertamente nuestro sistema probatorio es el de la sana crítica, que libera al fallador de la obligación de hallar elementos de certeza tarifados, pero ello no quiere decir que el valor real de una determinada prueba pueda henchirse o restringirse conforme a consideraciones subjetivas o caprichosas, sino que si se trata de establecer la responsabilidad del sindicado, ha de hacerse sobre la base de criterios razonables y científicos.

"4. Frente al caso que nos ocupa, el fallador de segunda instancia sobredimensionó el testimonio de Enoc Antonio Ramírez, y erró en la aducción del material indiciario, coligiendo que 'existe prueba directa e indirecta que señala inequívocamente a Jáder Alonso Mejía Gil como autor psicofísico de la muerte intencional y violenta ocasionada a Diego Callejas Echaverría' (fallo emitido por el Tribunal Superior de Medellín (sic) en julio 27 de 1992)".

Respecto al testimonio de Enoc Antonio Ramírez, aduce que no puede ser considerado como prueba directa que tenga mérito fidedigno e irreprochable, porque existe un amplio margen de que no coinciden con la verdad real u objetiva. Si bien el declarante afirmó que reconoció a Jáder Mejía Gil, no obstante el disfraz que le tapaba la cara, hay que tener en cuenta que es engañoso un reconocimiento basado en la contextura física y el color de las ropas, ya que pueden ser muchas las personas que tengan esa misma apariencia. Además, las circunstancias en que ocurrió la percepción pudo llevarlo a engaño, y también es posible que existieran razones para una acusación infundada. En este aspecto se violó el artículo 29º del procedimiento penal, pues si bien no hay tarifa legal, tampoco se puede hacer un manejo caprichoso y considerar fidedigno lo que es dubitable.

En lo atinente al indicio de presencia u oportunidad física, asegura que el fallador "lo deriva en parte de la posibilidad de tener acceso al revólver que tenía a su cargo el hermano en calidad de celador de la hacienda, y a renglón seguido toma como indicio de participación en el delito la misma posibilidad de que tuviera acceso temporal al arma inmediatamente antes de perpetrarse el delito, dando como fútil explicación que poco después el arma resultó en poder de Jaime. Al respecto huelga recordar que se defrauda a la ley si el juzgador, por cualquier razón, afirma la existencia de una pluralidad de indicantes cuando realmente se trata de un solo indicio; y en el caso *sub examine* la posibilidad de acceso al arma con la que supuestamente se disparó y la ulterior entrega que hiciera su tenedor Jaime Mejía Gil, a la sazón hermano del sindicado, no pueden estimarse como dos hechos indicadores separados, sino que a lo sumo constituirían un indicio contingente".

El sentenciador descarta los testimonios de Nicolás García y Luz Edilma Ortiz por estimarlos interesados en razón de su amistad con el implicado, y en lugar de ellos acoge

el indicio de oportunidad porque pudo tener acceso al revólver, sin tener en cuenta que otros pudieron tener la misma oportunidad, incluido Jaime Mejía Gil.

En lo tocante con el indicio de móvil o motivo determinante, nada indica que Jáder Alonso tuviera más motivos que otros de los trabajadores para colaborar en la empresa criminal, y el hecho indicante es menester que esté plenamente demostrado, no puede ser una simple suposición.

Finaliza diciendo que como quiera que se violó el artículo 323, en armonía con el 324 numerales 2º y 7º del Código Penal, al incurrir en varios errores de derecho en la apreciación de un testimonio y varios indicios, artículos 294, 301 y 302 del Código de Procedimiento Penal, y como no hay modo de eliminar las dudas que gravitan en el expediente, se debe casar la sentencia impugnada.

III. Concepto del Ministerio Público

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

El libelista "sustenta la demanda mediante el ataque a la valoración hecha por el juzgador a la prueba entre ella los indicios, desconociendo el demandante el sistema probatorio de libre convicción o de apreciación racional de los medios de convicción por los cuales se rige el sentenciador conforme a los principios de la sana crítica, que no es censurable salvo que dicho análisis contraríe la lógica, la experiencia o los datos de ciencia. En la sentencia impugnada, el Tribunal en función de su competencia y acudiendo a la sana crítica, valoró la declaración de Enoc Ramírez y tomó los diferentes indicios analizando en conjunto el acervo probatorio para llegar a la certeza del hecho imputado a Mejía Gil. Es equivocado en casación pretender desconocer la valoración probatoria realizada por el juzgador tratando de imponer en la sentencia la personal apreciación que el censor tiene del acervo probatorio, en aras de favorecer los intereses de su representado; máxime cuando las decisiones se encuentran amparadas por la doble presunción de legalidad y acierto

"Es evidente que el reconocimiento de tal forma rendido fue suficiente para el sentenciador, junto con los demás elementos probatorios, para la conclusión de autoría. Bien puede decirse que si bien no cabe al sentenciador 'henchir o restringir' la prueba, de acuerdo con consideraciones subjetivas, es claro que sí puede extraer de ella las conclusiones de verdad que las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia le permitan en la situación concreta en estudio. Aquí del dicho reconocimiento -en las condiciones dadas por el recurrente- sirvió para determinar el autor, junto con otros datos de prueba del expediente, que el sentenciado fue el autor del delito. Ello no pugna abiertamente con lo razonable y científico, pues cabe en el ámbito de necesidad lógica que permiten los datos propuestos. Sólo si se quiere ser más exigente que el propio Juez, en la exigencia racional de los datos de prueba, se encontrará deficiencia en el razonamiento y la conclusión expuesta, lo que lleva a confrontar criterios de valoración de la prueba, que, como se ha repetido, no es campo en el cual pueda romperse el silogismo conformado por el Juez sentenciador frente a la responsabilidad penal deducida"

En cuanto a los reparos formulados contra los indicios, dice el Ministerio Público que el demandante se equivoca, ya que ellos deben ser presentados por error de hecho

y no de derecho, como lo hizo el casacionista. Para apoyar este criterio transcribe parte de una providencia de la Corte de septiembre 5 de 1990 con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz.

IV. Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al demandante cuando dice que si bien no existe tarifa legal para la valoración de las pruebas, ello no significa que el Juez pueda darles el valor que quiera caprichosa o arbitrariamente, de modo tal que les otorgue crédito a probanzas que de acuerdo con el buen sentido, la lógica, el sentido común, o, lo que es lo mismo, a la sana crítica, no lo tiene.

Pero el censor se queda en el simple planteamiento del problema, porque cuando desarrolla el cargo no demuestra que haya habido violación de las reglas de la sana crítica, y lo único que pone en evidencia es que él no comparte el criterio del fallador, razón por la cual cree que la decisión ha debido ser absolutoria.

El testimonio de Eiec Ramírez lo ataca con base en varias suposiciones, como son que la percepción hubiese sido equivocada, o que el testigo tuviera algún motivo para hacer una acusación infundada, etc., argumentos meramente especulativos que en concreto no prueban que haya habido algún error que pueda afectar la legalidad de la sentencia. En cambio, el análisis realizado por el Tribunal es muy cuidadoso en precisar los elementos de convicción sobre los cuales apoya la condena. Veamos:

A la declaración de Ramírez Rodríguez le otorga credibilidad por ser claro, serio, imparcial, objetivo y afirmativo sin ningún titubeo, de que la persona que llevaba cubierto el rostro con un trapo y fue el autor de los disparos era Jáder Alonso Mejía Gil, a quien identificó por su fisonomía, por el timbre de su voz, por la ropa que era la misma que había usado durante todo ese día de labores, y porque además lo conocía desde hacía varios años.

Pero no es la única prueba en contra; a esto se suma que Mejía Gil se ausentó repentinamente de su trabajo sin que la obra encomendada hubiera terminado, tal como lo sostiene Darío Alberto Acevedo, con lo cual fue desmentida la versión del acusado en el sentido de que dicha obra ya había concluido. Y como para despojar cualquier asomo de duda, el revólver utilizado para matar a Diego Callejas Echavarría, según estudio de balística, es el que le entregó el dueño de la finca, Mario de Jesús Zapata Montoya, al celador Jaime Mejía Gil, hermano del homicida, quien coincidencialmente ese día se había llevado el arma para la casa, lo cual era la primera vez que ocurría, y minutos después del hecho apareció con ella en su poder.

El móvil también es claro; sencillamente el occiso descubrió que en la hacienda se estaban cometiendo hurtos de ganado, y en ese ilícito estaban comprometidos el mayordomo Gabriel Angel Amariles García, quien huyó de la región, y algunos trabajadores, entre ellos Jáder Alonso Mejía.

Teniendo en cuenta las pruebas recaudadas, lo que más bien hubiera podido ser violatorio de las reglas de la sana crítica era que el juzgador de instancia no hubiera condenado al implicado, pero el fallo dictado corresponde a la verdad procesal.

El reproche relacionado con los indicios está mal formulado, como lo destaca el Procurador Delegado, pero además no corresponde a la realidad, pues es un hecho

probado que el revólver que usaba el hermano del acriminado fue el que se utilizó para el homicidio, luego el indicio en contra es evidente, y no se requiere para hacer la inferencia ninguna operación especial; basta el sentido común. Ahora, el indicio de oportunidad para cometer el delito también es claro, ya que está probado que el imputado estaba en la finca cuando la víctima y Enoc Ramírez salieron para el potrero a contar el ganado y momentos después desapareció dejando abandonado el trabajo, habiéndose comprometido a laborar hasta las cinco de la tarde. A esto se le debe sumar que Jáder Alonso no puede demostrar en dónde se encontraba en el momento del crimen y la coartada inventada fue bien desvirtuada por el juzgador.

En síntesis, aunque no existe tarifa legal, es viable demandar por error de derecho debido a falso juicio de convicción, cuando se han violado las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas, hecho que en este caso el demandante no demuestra, ni realmente ocurrió, pues los juzgadores de instancia hicieron un correcto estudio de las pruebas y aplicaron la consecuencia que correspondía.

El libelista se limita a anteponer su criterio al del Juez, sin tener en cuenta que la sentencia de segunda instancia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, y en este proceso en particular, olvidando que el afán defensivo no puede llevar al abogado a enfrentar lo evidente, lo ostensible, con argumentos al margen de la lógica.

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 recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal superior de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VERSION LIBRE / CUERPO TECNICO DE POLICIA JUDICIAL

El casacionista acusa la sentencia por haber admitido y valorado la versión que sin apremio del juramento rindiera la testigo ante un investigador de la policía. Pero la argumentación sobre la invalidez de tal diligencia no es acertada, porque, al tenor de la reglamentación existente en el Decreto 050 de 1987, la Policía Judicial tenía facultad para recibir versiones libres. Así, el artículo 334, en los numerales 5º y 6º, se señalaba como atribuciones del Cuerpo Técnico de Policía Judicial: "Practicar todas las diligencias legales para la identificación física de los autores y partícipes y recibir su versión". "Recibir testimonio bajo la gravedad del juramento de las personas que hayan presenciado los hechos y de las demás cuya declaración interese a la investigación, excepto a los posibles autores o partícipes..." (resalta la Sala).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8126.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

Aprobado: Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 11 de mayo de 1992 el Juzgado Sexto Superior de Cali condenó a Héctor Mario Realpe Guaspud a la pena principal de 16 años y 6 meses de prisión como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado en el grado de tentativa, cometido contra la persona y el patrimonio de Jairo Humberto Zárate Delgado, decisión que el Tribunal Superior de Cali confirmara el 24 de agosto de 1992.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y la demanda presentada se declaró ajustada a las exigencias legales.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal rindió concepto solicitando no se casara la sentencia impugnada.

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

Hechos

En horas de la tarde del 24 de mayo de 1991, en el barrio Las Delicias de la ciudad de Cali, la señora Nohora Judith Guzmán Gallardo y Jairo Humberto Zárate Delgado se dirigían hacia la empresa de transportes Litoral, donde trabajaba la primera, mientras que el segundo iba a recoger el camión que conducía y que había dejado en dicho sitio para cargar mercancía.

Cuando hacían ese recorrido fueron interceptados por dos individuos que se movilizaban en una motocicleta marca Suzuki; el que viajaba de parrillero tomó de la camisa a Zárate exigiéndole la entrega de las joyas que portaba y ante la negativa de éste a acceder a sus exigencias procedió a dispararle en la cabeza en una ocasión, causándole la muerte de manera inmediata.

Actuación Procesal

Luego de ser practicadas algunas diligencias de investigación preliminar, se abrió proceso penal por auto del 4 de junio de 1991.

Ese mismo día se recepcionó diligencia de indagatoria a Héctor Mario Realpe Guaspud y contra él se dictó auto de detención el 6 de junio de 1991.

Con fecha del 15 de agosto de 1992 se dictó resolución de acusación por el delito de homicidio agravado.

El 12 de febrero de 1992 se realizó la diligencia de audiencia pública.

Por auto del 28 de febrero de 1992 se varió la calificación provisional del hecho punible, haciéndose concursar el delito de homicidio agravado con el de tentativa de hurto calificado.

La sentencia condenatoria de primera instancia se dictó el 11 de mayo de 1992 y la de segunda, el 24 de agosto del mismo año.

Argumentación de la Demanda

Al amparo de la causal primera, el recurrente plantea la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por la presencia de errores de derecho por haberse valorado pruebas irregularmente aportadas al proceso. Al efecto menciona la declaración de la señora Nohora Judith Guzmán Gallardo y el reconocimiento en fila de personas realizado por autoridades de policía.

En relación con el testimonio dice que carece de validez porque fue recibido sin haberse juramentado a la deponente y que ante esta situación se debe tener en cuenta aquel que rindió ante el juez de instrucción, en el cual precisamente exonera de responsabilidad al procesado.

Por lo que respecta a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, el actor en igual forma asegura que fue irregularmente practicada porque la policía carecía de competencia para ello y que por tanto no se le ha podido dar credibilidad.

Solicita se case el fallo impugnado y se dicte fallo absolutorio de reemplazo.

El Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público considera que las pruebas practicadas tienen plena validez y que es acertado el criterio de los juzgadores al valorarlas, porque si no se le recepcionó juramento a Nohora Guzmán de Gallardo fue porque inicialmente se consideró que como acompañante de la víctima podía estar vinculada a los hechos y para efectos de garantizarle sus derechos no se le tomó la declaración con el apremio legal.

El Delegado estima que el hecho de que después se la haya considerado como simple testigo no convierte la inicial versión libre y espontánea en un testimonio y en tales circunstancias la pretensión del censor debe ser rechazada.

En relación con la diligencia de reconocimiento en fila de personas conceptuó que los funcionarios que la practicaron tenían facultad legal para ello, de conformidad con la autorización que en tal sentido consagra el literal f) del artículo 24 del Decreto 0099 de 1991 y que lo lleva a concluir: "Es evidente que la Policía Judicial era competente, como que por orden del Juez 9° de Instrucción Criminal se enviaron las diligencias a la misma para que, en indagación preliminar, se tratara de individualizar o identificar al autor del hecho punible (fl. 7), razón por la cual la diligencia de identificación en fila de personas es de la esencia de lo ordenado por el juez, y corresponde a la Policía Judicial, por cuanto en los casos de procesado no conocido la indagación preliminar se dispone para 'hallar prueba de la identidad del presunto infractor' (artículo 347 del C. de P. P.) y es función específica del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, como lo mandan los artículos 345, 346 y 347 del C. de P. P. Más aún, en este caso se estaba procediendo por orden comisión del juez de instrucción, todo lo cual valida plenamente la diligencia realizada y que pasa al folio 18 del C. P.".

El Delegado del Procurador termina solicitando no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala

La demanda propone que algunas de las pruebas consideradas por el juzgador fueron practicadas con violación del debido proceso y en tales condiciones el ataque se enmarca dentro de la causal primera por la violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de errores de derecho, en cuanto fueron apreciados medios de convicción que fueron recaudados con violación de las normas que regulan sus propios ritos de formación.

Indudablemente el actor ha pretendido ampliar la concepción de lo que la jurisprudencia ha entendido como error de derecho por falso juicio de legalidad; o probablemente la conoce perfectamente, pero quiso escudarse en su propia interpretación de ese motivo de casación aspirando a quebrar la sentencia que afecta la libertad de su protegido, y en su intento sólo logró entremezclar los dos motivos que dan lugar al error de derecho: el falso juicio de legalidad con el falso juicio de convicción.

En primer término, el casacionista acusa la sentencia por haber admitido y valorado la versión que sin el apremio del juramento rindiera Nohora Judith Guzmán Gallardo ante un investigador de la Policía. Pero la argumentación sobre la invalidez de tal diligencia

no es acertada, porque al tenor de la reglamentación existente en el Decreto 050 de 1987, la Policía Judicial tenía facultad para recibir versiones libres. Así, en el artículo 334, en los numerales 5º y 6º, se señalaban como atribuciones del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. "Practicar todas las diligencias legales para la identificación física de los autores y partícipes y recibir su versión". "Recibir testimonio, bajo la gravedad del juramento, de las personas que hayan presenciado los hechos y de las demás cuya declaración interese a la investigación, excepto a los posibles autores o partícipes..." (resalta la Sala). Por lo tanto, no era ilegal que la Policía Judicial le recibiera una versión libre de juramento a una persona eventualmente involucrada en el hecho investigado; y la diligencia así recepcionada ameritaba una valoración judicial. Por otra parte, la misma persona rindió posteriormente y ante el Juez de Instrucción un testimonio, esto es, la versión bajo juramento, en el cual modifica el relato anterior que diera de lo acontecido; esta diligencia igualmente ameritaba una valoración judicial. Y, ¿qué hizo el juzgador? Simplemente enfrentó una deposición a la otra y le dio credibilidad a la primera, aquella que no fue rendida con el apremio del juramento y de las consecuencias que acarrea faltar a la verdad. Y con ello, tampoco advierte la Sala que se hubiera violado disposición procedimental alguna, porque no existía precepto que obligara al sentenciador a darle mayor valor demostrativo a una declaración juramentada que a una versión libre, como no fueran la sana crítica y las reglas de la experiencia. En consecuencia, recibirle versión libre a la espectadora de los hechos no fue ilegal, como tampoco lo fue darle credibilidad a esa primera manifestación en contra de lo que la misma expusiera posteriormente bajo juramento.

En cuanto a la supuesta ilegalidad de la otra prueba citada por el censor, se debe convenir que las disposiciones transcritas en este proveído también autorizaban al Cuerpo Técnico de Policía Judicial que realizara todas las diligencias tendientes a identificar físicamente a los autores o partícipes; e indudablemente ése fue el objetivo del reconocimiento en fila de personas que, por lo demás, se llevó a cabo con todas las formalidades establecidas en el procedimiento penal, como quiera que la presenció un delegado de la Personería, asistió un defensor que representaba los intereses del imputado en ese momento y se cumplió con siete personas en la fila, incluyendo al imputado.

Ahora bien, la validez de las pruebas así recaudadas la estableció el propio código procesal, en su artículo 338, el cual establecía que "las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial serán apreciadas por el Juez conforme a las normas generales establecidas en este Código, para la admisión y crítica de la prueba". Luego no le estaba vedado al juzgador evaluar el poder demostrativo de la citada versión e igualmente del reconocimiento en fila de personas y asignarles la credibilidad que su raciocinio y juicio le indicara.

En esas condiciones, entonces, la crítica que el demandante le formula al juzgador radica en la credibilidad que le otorgó a esos medios de convicción, aspecto que, bien se sabe, carece de tarifa legal y que por lo tanto no sirve de sustento a una causal de casación.

Por lo tanto, la legalidad de las pruebas a que se refiere el casacionista estaba señalada en la propia ley y no en una inexistente comisión que el Procurador estructuró con base en el auto del 29 de mayo de 1991, en el cual el Juez instructor simplemente ordenó

la indagación preliminar por sesenta días, sin que hubiera deferido comisión alguna para la policía judicial. Pero bien mirado el trámite, el expediente nunca se remitió a la Policía Judicial y los agentes que adelantaron la indagación preliminar en la cual practicaron las pruebas criticadas en la demanda de casación mencionan como punto de partida de su actividad el informe que rindieron los miembros de la misma institución que acompañaron al juez en el levantamiento del cadáver. Sin embargo, la equivocación pudo obedecer a que las diligencias de Policía Judicial, practicadas por iniciativa de los propios funcionarios policiales, como lo autorizaba el artículo 342, se allegaron al expediente con posterioridad al proveído que se menciona.

En las condiciones anteriores, no existe el error de derecho denunciado y por tanto se deben rechazar los cargos de la demanda, negándose consecuentemente la casación solicitada.

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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Varias son las causales que bajo la legislación procesal penal vigente para la época de los hechos (25 de marzo de 1986) prescribía la normatividad para que el Estado se abstuviera de iniciar una investigación penal: bien porque el hecho no ha existido, o porque la conducta no está prevista en la ley como infracción, o porque la acción penal no puede iniciarse (artículo 320 del Decreto 409 de 1971).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8050.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado Ananías González contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Orden Público, de un delito de extorsión, condenándolo a purgar la pena principal de dos años de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo lapso.

Hechos

El compendio se realizó en las instancias en los siguientes términos:

"Cuentan los autos que el veinticinco (25) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) los ciudadanos Nemesio González Gómez, Mauricio González Vivas, Luis Eduardo Malagón y Ever Martínez fueron retenidos por una patrulla de la Comisaría de Kennedy, a solicitud del denunciado Ananías González, quien los acusaba del hurto de cien mil pesos ($100.000.00), en dinero en efectivo, que según éste había recibido por la venta de una casa en la población de Utica el veintitrés (23) del mismo mes, a donde fue en compañía de los citados González, Malagón y Martínez.

"Allí en la Comisaría fueron encalabozados y maltratados, exigiéndoseles la devolución del dinero que Ananías decía se le había perdido. Posteriormente fueron trasladados a las oficinas del F-2, donde fueron objeto del mismo tratamiento, amenazándoseles con que si no lo devolvían serían trasladados: dos para la Cárcel Modelo y dos para La Picota, donde permanecerían por lo menos ocho (8) días por cuanto los juzgados se encontraban cerrados por vacancia judicial de Semana Santa; por esta razón y ante la angustia de tener que ir a la cárcel accedieron a reconocer a Ananías la suma de veinte mil pesos ($20.000) cada uno, pero entonces ya no se dijo que eran cien mil pesos ($100.000.00) sino doscientos mil ($200.000.00) y que les aceptaba una letra girada a su nombre y firmada por Luis Eduardo y Ever, quienes eran los que tenían con qué responder y que ellos a su vez le hicieran firmar la letra a Nemesio y a Mauricio por lo que les correspondía, situación que a la larga fue aceptada por los retenidos ante las amenazas que les hacían los agentes del F-2 de conducirlos a la cárcel.

"Por lo anterior, fue vinculado mediante indagatoria Ananías González Gómez cuyas condiciones civiles y sociales se encuentran suficientemente plasmadas en autos"

Sinopsis Procesal

La síntesis pertenece a la Delegada. La Sala cita sus palabras:

"Con base en la denuncia formulada por el doctor Miguel Acuña Torres, y algunas diligencias practicadas por el Juzgado Once de Instrucción Criminal Especializado, este despacho se abstuvo de iniciar investigación penal contra Ananías González Gómez por el delito de extorsión, pero al tiempo ordenó compulsar copias a fin de investigarlo 'por la posible comisión del delito contemplado en el artículo 276 del C. P.' y por el punible de abuso de autoridad, habiendo correspondido éstas al Juzgado 91 de Instrucción, el que dispuso como 'diligenciamiento previo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 320 bis del C. de P. P.', la práctica de algunas pruebas con base en las cuales posteriormente decidió iniciar formal averiguación penal, cuyo conocimiento fue avocado por el Juzgado Veintisiete Penal de Circuito, el cual ordenó la vinculación de Ananías González Gómez, habiéndose cumplido mediante diligencia de indagatoria, respecto de quien resolvió favorablemente su situación jurídica.

"Declarado precluido el término de instrucción por el citado Juzgado 27 del Circuito, revocada esta determinación como decisión favorable al recurso de reposición; remitido por competencia el expediente al Juzgado Noventa y Uno de Instrucción Criminal y proseguida la etapa instructiva por este despacho, finalmente decreta el cierre de la investigación, y luego la nulidad, a partir de éste, para efectos de vinculación de otros procesados en relación con los cuales se dispuso la compulsación de copias para que fueran investigados por la justicia castrense, dada su calidad de 'policiales' y declarada otra vez precluida la fase instructiva, califica el mérito del sumario, profiriendo resolución acusatoria contra el procesado, como autor intelectual del delito de constreñimiento ilegal y material por el punible de violación de habitación ajena imponiendo medida de aseguramiento al mismo, consistente en caución prendaria.

"Recurrido el proveído calificatorio; sostenida la decisión por el *a quo* y trabada la segunda instancia, el *ad quem* decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre

de investigación, y ordenó la remisión de las diligencias a la justicia especializada, por competencia, al considerar que los delitos por que se procedía eran extorsión y violación de habitación ajena, habiendo correspondido, por reparto, al Juzgado Segundo Especializado de Bogotá, el que ordenando de nuevo el cierre del ciclo instructivo entra a calificar el mérito del sumario citando a audiencia al encartado como autor material del punible de extorsión y material de violación de habitación ajena, decretando, en auto posterior, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, contra el mismo, y solicitando la suspensión en el ejercicio de sus funciones como empleado oficial, la cual en efecto se produjo.

"Declarada la apertura del juicio a pruebas; ordenadas y practicadas algunas oficiosamente; señalada fecha para la celebración de la audiencia pública y llevada ésta a efecto, en su desarrollo, el Representante del Ministerio Público solicitó se absolviera al sindicado por el delito de violación de habitación ajena, por no encontrarse, en su concepto, probada su estructuración, y atenerse, en lo demás, a los planteamientos contenidos en el escrito que no se ve adjunto a la diligencia, al tiempo que el defensor del procesado, también en alegación escrita, demandó la absolución para su representado, por estimar, luego de extensa controversia de la prueba de cargo, que el encartado no cometió los delitos que se le imputan, destacando, además, irregularidades en el proceso que en su criterio conllevan la declaratoria de nulidad, por haberse proferido auto inhibitorio, en un principio, por juez distinto de quien después adelantó el investigativo.

"El Juzgado de conocimiento de Orden Público código 89, Seccional Bogotá, condenó al encartado, en la forma y términos que se expresaron, habiendo sido confirmada esta determinación en segunda instancia, por el Tribunal de Bogotá, con las reformas a que igualmente se hizo alusión...".

La Demanda

Con base "...en una nulidad por un error de procedimiento, violación al debido proceso y a las normas de competencia...", el recurrente formula su impugnación. Rememora el auto inhibitorio dictado por el Juez Once de Instrucción Criminal Especializado resaltando que únicamente se podrá insistir en la apertura de investigación penal ante el mismo funcionario siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.

La razón de ser de esta limitante -advierte el censor- fue la de impedir la burla a la administración de justicia, colocando denuncias en otros despachos, además de evitar decisiones contradictorias. Por fuerza, si otro despacho judicial abre investigación "...se carece completamente de competencia para hacerlo. Por consiguiente, el proceso es ilegal..." puesto que no es admisible que se haga una instrucción penal por un juez distinto cuando ha habido un auto inhibitorio".

En consecuencia, solicita de la Corte casar la sentencia, declarando la "nulidad total de lo actuado".

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Destaca en primer término la obligación que pesa sobre los casacionistas -en lo atinente a la causal de nulidad- de ajustarse a las precisas exigencias que demanda la

impugnación extraordinaria para hallar vocación de prosperidad. Por consiguiente, es deber del actor el señalar la clase de nulidad invocada y las normas que estime infringidas, indicando los fundamentos "y cuidando que la argumentación desarrollada corresponda al evento específico de la causal alegada".

Hecho el reparo, advierte como primer tropiezo del libelo el silencio que guarda sobre la causal que alega para elevar su impugnación. De otro lado, invoca las nulidades previstas en los ordinales 1º y 2º del artículo 304 del C. de P. P., sin desarrollar la argumentación en lo referente al último factor, diferente de las que determinan el vicio por incompetencia, con lo que se pone al descubierto la confusión del impugnante en el fundamento de la censura.

También relieva que la sustentación presentada no conduce a la demostración del supuesto alegado de nulidad por incompetencia. Al respecto observa que en el auto inhibitorio, el funcionario ordenó compulsar copias para investigar al quejoso por la posible comisión del delito contemplado en el artículo 276 del C. P., arguyendo que los hechos no tipificaban la conducta punible denunciada por los ofendidos, y, por el contrario, encuadraban en otros comportamientos delictivos que lo sustraían de su conocimiento y cuya competencia radicaba en la justicia ordinaria.

Y si es cierto -continúa el Ministerio Público- que formalmente esta decisión podría considerarse como inhibitoria, materialmente no lo es, puesto que no se ajusta a ninguna de las causales previstas para su proferimiento, advirtiéndose, por el contrario, la reafirmación del Juez sobre la existencia de conductas punibles, y si bien en un momento consideró que no eran de su resorte, posteriormente la investigación demostró que sí era competente para ello. Así las cosas, no puede hablarse que existió tal determinación ni que se corrigió la competencia para asumir el conocimiento del asunto, por lo que tampoco cabe afirmar la revocatoria de tal determinación pretendiendo arrogarle la exclusividad para hacerlo al Juez en comento.

Finalmente, pone de presente "la insustancialidad y contradicción del proveído", en cuanto se abstiene de abrir investigación por un delito pero ordena compulsar copias para investigar otros. Y sobre esta base por supuestos motivos de "corrección de competencia" o "competencia retenida", "jamás se podría limitar al *a quo* o al *ad quem* para encauzar el proceso por los derroteros legales, como en su momento, válida y legítimamente lo hizo el Tribunal de Bogotá".

Solicita, por consiguiente, desestimar el libelo presentado.

La Corte

1. Según el enunciado del reproche, el fallo de segunda instancia violó el debido proceso y las normas sobre competencia, pues no se tuvo en cuenta la providencia inhibitoria dictada por el Juez Once (11) de Instrucción Criminal Especializado. Aunque -como lo observa la Delegada- el recurrente no manifiesta formalmente cuál es la causal de casación sobre la cual fundamenta su ataque, lo que podría dar mérito para desestimar el libelo; de todas maneras, del texto de la demanda se infiere, sin lugar a dudas, que sus argumentos se enmarcan en el ámbito de la causal tercera, por lo que esta carencia de técnica en la formulación de su impugnación se ve suplida por su desarrollo argumental.

En este sentido, la demanda posee la claridad necesaria para un pronunciamiento de fondo.

2. Una segunda observación amerita el libelo. Como se dijo anteriormente, dos son los motivos de inconformidad que expresa la demanda; sin embargo, tan sólo uno de ellos es desarrollado con su argumentación correspondiente. Háblase del presunto vicio generado por la incompetencia del fallador. En lo que se refiere a las posibles irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, aparte del anuncio que el censor hace en el comienzo del ataque, ninguna otra alusión concreta sobre el tema. Así las cosas, esta formulación, que tenía trazas de convertirse en la segunda objeción, huérfana de sustento argumental, temprano queda condenada al fracaso.

3. Débese analizar, pues, lo relativo al vicio de la incompetencia. Es cierto -conforme lo manifiesta el censor- que el Juzgado Once de Instrucción Criminal Especializado dictó una providencia mediante la cual se abstuvo de iniciar investigación penal en contra del imputado por el delito de extorsión. Sin embargo -como con tino lo anota el Colaborador del Ministerio Público- el proveído, aunque en la forma conserva las características propias de un auto inhibitorio, su contenido se aparta de lo que debe considerarse como tal.

Obsérvese.

Varias son las causales que bajo la legislación procesal penal vigente para la época de los hechos prescribía la normatividad para que el Estado se abstuviera de iniciar una investigación penal: bien porque el hecho no ha existido o porque la conducta no está prevista en la ley como infracción o porque la acción penal no puede iniciarse (artículo 320 del Decreto 409 de 1971). Ninguna de estas alternativas es tomada en consideración por el Juez como sustento de su decisión, pues sólo reconoce que la conducta que el denunciante le puso de presente sí amerita una investigación penal, pero por un delito que no está dentro de su órbita, razón por la cual ordena compulsar las copias correspondientes.

Al final de cuentas se demuestra que al funcionario no le asistía razón, y el expediente regresa al conocimiento de la jurisdicción especializada, produciéndose el fallo que hoy es motivo de controversia. Como se advierte fácilmente, la providencia no encuentra la conducta punible imputada al autor ajena a cualquier cuestionamiento penal. Simplemente anuncia falta de competencia para adelantar la respectiva instrucción. La providencia no puede considerarse como inhibitoria y, por ende, perteneciente a la especie consagrada en el artículo 327 del C. de P. P., por cuanto no "...se concretó la competencia para asumir el conocimiento del asunto, en el funcionario que lo dictó", como acertadamente lo advierte el Ministerio Público.

En estas precisas circunstancias, no puede predicarse que con este proveído el funcionario quedó vinculado a dicha decisión, excluyendo con ello cualquier intervención posterior. Así las cosas, la competencia para conocer del suceso criminoso no se concretó en este momento. Como bien lo advierte el Ministerio Público:

"En este orden de ideas, tampoco cabe afirmar la revocatoria de la determinación emitida en tales condiciones pretendiendo abrogar la facultad exclusiva para hacerlo, al funcionario que la dictó sobre la base de una competencia retenida, en tanto que ella no

corresponde a la verdadera naturaleza y alcances de lo que legalmente connota una decisión inhibitoria, que, por ende, tampoco puede servir de base para una revocación"

Finalmente cabe anotar la sinrazón de la impugnación. La expedición de copias quedó radicada en cabeza de la justicia ordinaria, adelantándose el respectivo proceso hasta llegar a la segunda instancia, momento en el cual el Tribunal consideró que los hechos se hallaban mal calificados y que de acuerdo con su connotación jurídica le correspondía conocer de los mismos a la jurisdicción especializada, pues el constreñimiento ilegal que se alegaba no configuraba más que una extorsión. Aquí se revela la verdadera esencia del proveído, lejano a cualquier consideración de naturaleza inhibitoria.

Resulta insólito que se pretenda limitar a la administración de justicia en su quehacer jurídico, impidiéndole corregir los entuertos que encuentre a su paso, so pretexto de una "competencia retenida". La normatividad es clara al respecto y le cabía todo el derecho y el respaldo de la ley al *ad quem* para regresar el expediente al conocimiento de su juez natural. La actuación siguió los cauces legales regulares sin que motivo alguno de invalidación la perturbara.

No tiene razón de ser la censura.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / ARMA / SANA CRITICA / JUEZ

El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o, en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente en ella no dice. / Establecidos los hechos (presencia en el lugar, porte de armas, pretensión de evadir la acción de la policía) y teniendo en cuenta que el relato de la comisión del ilícito coincide con estos puntos con lo fácticamente comprobado, fuerza concluir que el proceso de inferencia lógica con base en las reglas de la experiencia apunta a señalar a los acusados como los autores del hecho. / El calibre es atributo del arma que no depende de su apariencia externa, sino del diámetro interno de su cañón, lo que resulta imposible determinar con precisión a simple vista, menos aún si tal percepción se produce bajo un estado de inaguantable angustia. / Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al juez y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8059.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Edilso Silva Molina y Edilberto Triana Sotín, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a los aquí recurrentes como autores responsables del delito de hurto calificado y agravado, imponiéndoles la pena principal de cuarenta y seis (46) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos

y funciones públicas por el mismo lapso y les negó la condena de ejecución condicional, modificándola únicamente en cuanto al monto de los perjuicios materiales.

I. Hechos

El Procurador Delegado en lo Penal los resumió así:

"El señor Jaime Aristizábal Garcés, conductor de profesión, se desplazaba en la madrugada del día quince de abril de mil novecientos noventa por las calles del sector sur de la ciudad cuando fueron solicitados sus servicios de transporte por dos sujetos que le pidieron los condujera hasta la entrada del barrio San Francisco.

"Accedió Aristizábal Garcés a la petición y luego de emprender el viaje, a la altura de la entrada al barrio México, sus pasajeros lo intimidaron con una granada y una pistola -según lo narró en su denuncia- y lo despojaron del automotor, de la suma de dinero que había logrado acumular por su trabajo, una libreta personal y otros documentos que portaba.

"Luego del incidente, unos minutos después de las tres y media de la mañana, formuló denuncia penal y con tal fundamento las autoridades dieron aviso a las patrullas de policía para que emprendieran la persecución de los malhechores.

"El taxi fue encontrado abandonado y estrellado en las cercanías de la calle 62 sur y dos agentes de la Policía que patrullaban el sector dieron captura a los sujetos Edilso Silva Molina y Edilberto Triana Sanín, a quienes les decomisaron una granada de guerra y un revólver".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación el 17 de abril de 1990. Al día siguiente se dispuso la práctica de una diligencia de reconocimiento en fila de personas, en la que el denunciante manifestó no conocer como los sujetos que lo atracaron a ninguno de los que conformaban la fila, entre quienes se hallaba uno de los aprehendidos.

Escuchado en indagatoria Edilberto Triana Sanín, se mostró ajeno a los hechos investigados y manifestó que fue capturado cuando se dirigía hacia su casa luego de haber asistido a una fiesta en compañía de su cuñado Edilso Silva Molina. Dijo que la retención se produjo debido a que este último portaba un arma de fuego para su defensa por ser suboficial del Ejército.

Posteriormente se escuchó en injurada a Edilso Silva Molina, quien con notorias contradicciones, pero en términos generales, corroboró lo dicho por su cuñado y aseveró que fue aprehendido por portar armas de uso restringido y que se dirigía a su casa luego de haber asistido a una fiesta de cumpleaños en compañía de Edilberto Triana. Afirmó que el revólver lo compró el 6 de julio de 1989 al Ministerio de Defensa Nacional (en autos obra la factura correspondiente) y que la cédula militar lo autorizaba para cargarlo. En cuanto a la granada, sostuvo que cuando fue trasladado del Batallón Vélez, se la regaló el teniente Medina.

El Juzgado instructor resolvió la situación jurídica de los capturados, decretando en su contra medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado. Igualmente se ordenó "compulsar copias de lo pertinente, para que la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y la autoridad militar respectiva investiguen disciplinariamente a los dos miembros del Ejército", Silva Molina por el hecho de tener como propia la granada que le fue incautada y el teniente Medina, a quien se señaló como la persona que la regaló.

Edilberto Triana Sanín días después amplió su injurada, a fin de acomodar su versión a las manifestaciones de su cuñado y de otras personas que habían declarado, relatando que las afirmaciones hechas por él y que no coincidían con lo sostenido por los demás respondía a su estado de nerviosismo al verse por primera vez ante una autoridad judicial.

Se intentó un nuevo reconocimiento de los acusados por parte del denunciante, y éste aseguró no reconocer en los procesados a ninguno de los sujetos que intervinieron en el asalto del cual fue víctima.

Con esta nueva prueba, se solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento que se había dictado contra los indagados, a lo que no accedió el Juez instructor. Esta decisión fue apelada y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la confirmó.

Luego de ordenar la libertad provisional de los aprehendidos y de declarar cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario el 12 de diciembre de 1991 con resolución de acusación contra los dos procesados por el delito de hurto calificado y agravado.

El Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito tramitó la etapa del juicio, y luego de la correspondiente audiencia pública dictó sentencia condenatoria por los delitos imputados. Además se reiteró la orden dada en el auto que resolvió la situación jurídica en el sentido de compulsar las copias para la investigación disciplinaria antes reseñada, así como el decomiso en favor del Estado (Ministerio de Defensa) de la granada y el revólver tantas veces referido. Apelado el fallo, fue confirmado por el Tribunal Superior, con la modificación respecto al monto de los perjuicios de orden material.

III. La Demanda

El defensor de los dos procesados recurrentes presentó un solo libelo, en el que formula un único cargo al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por estimar que la sentencia del Tribunal es violatoria indirectamente de la ley sustancial, por incurrir en errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Considera el libelista, que el Tribunal erró al "tergiversar de manera protuberante el hecho de haber sido retenidos los señores Edilberto Triana Sanín y Edilso Silva Molina la madrugada del 15 de abril de 1990, aproximadamente a seis (6) cuadras del lugar donde se encontró el vehículo objeto del apoderamiento, por cuanto la presencia de los dos inculpados obedecía, como así lo aceptó el Juzgado 31 Penal del Circuito en su fallo de primera instancia, a una reunión familiar que se efectuó precisamente en ese mismo sector, y de otra parte la razón de la tenencia de la granada de fragmentación y el revólver calibre 38 largo de cachas blancas está perfectamente establecida en el proceso, hecho que no debe ofrecer discusión alguna debido a la calidad de cabo primero de nuestro Ejército Nacional por parte del señor Edilso Silva Molina".

Dice el censor que las circunstancias antes mencionadas, en su oportunidad fueron consideradas por el Tribunal como un solo indicio, pero en su concepto "es obvio que no alcanzan a configurar este medio de prueba", pues de ello no se puede inferir que sus dos defendidos son autores del hecho investigado, "pues sería tan endeble tal afirmación que igual suerte correrían todos y cada uno de quienes habitan y transitaban por allí en esos momentos que siguieron a la comisión del hecho".

Aduce que las armas encontradas a los retenidos tampoco coinciden con las utilizadas para la comisión del punible, como equivocadamente lo han venido afirmando en el proceso los funcionarios, llevados a error por los informes de la Policía, los cuales relacionaron el hecho de haber dado captura a dos sujetos con dos armas, con el número de personas que atracaron al taxista y el hecho de que una de ellas era similar a las dos utilizadas en el punible, hecho totalmente desvirtuado en el proceso con la versión del denunciante y ofendido que relató a las autoridades que fue intimidado con una pistola y una granada y está suficientemente demostrado que no portaban ese tipo de arma de fuego, sino un revólver, sin que pueda prestarse a confusión el tipo de arma por la descripción que hizo el ofendido, quien manifestó que se trataba de una pistola nueve milímetros.

Estima el actor que la conclusión hecha por el fallador en el sentido de que el denunciante se equivocó al pronunciar el vocablo "pistola nueve milímetros" con el de "arma de fuego" carece de fundamento y lógica, máxime cuando el denunciante y ofendido tuvo varias oportunidades para aclararlo después de su denuncia.

Agrega el libelista:

"A tal punto llegó la tergiversación de las pruebas por parte de los falladores..., que se atrevieron sin ton ni son a variar el sentido de lo que con tanta precisión y claridad manifestó el señor Jaime Aristizábal Garcés, no sólo en cuanto a las armas que necesariamente tuvo que haber precisado por tratarse de la persona contra la cual se usaron, sino además por el tiempo considerable que estuvo en poder de los asaltantes, circunstancias que precisamente le permitieron al ofendido asegurar que podía reconocerlos ya que incluso recordó rasgos físicos de los mismos, que lo desmienten restándole credibilidad cuando aseguró que ninguno de los asaltantes se encontraba en las filas de personas que fueron puestas de presente en las diligencias de reconocimiento y cuando en la diligencia de ampliación de denuncia lo confirmó y ratificó de que nunca ha vuelto a ver a los dos atracadores, aclarando para mayor abundancia que ni siquiera en cautiverio, como lo dijeron los policiales que intervinieron en la captura".

Criticó las deducciones del sentenciador por haber concluido que el no reconocimiento se debió al nerviosismo que presentaba el denunciante en las diligencias respectivas, debido esto a que lo habían amenazado, lo que considera errado porque el mismo ofendido manifestó que su estado perturbado obedecía al hecho de haber sido víctima de unos hechos violentos, además de perder su empleo como conductor.

Afirma el censor que entre las versiones de los policiales y el ofendido se presentan discrepancias, "pues aquéllos informan que el denunciante reconoció a uno de ellos presentándose en la subestación de Meissen, hecho que es desmentido por éste, quien además precisa que no los ha visto después del asalto, lo que confirmó en las diligencias

de reconocimiento en fila de personas", debiéndose, entonces, dar un mayor grado de credibilidad a las manifestaciones de Aristizábal Garcés.

Por lo anterior, estima el memorialista que el Juzgador violó los preceptos consagrados en el Código de Procedimiento Penal, en especial el contenido del artículo 294, al dar mayor credibilidad a testigos que no percibieron el momento de los hechos sobre las informaciones de quien fue víctima de ellos.

Concluye el censor que las versiones de los policiales no merecen credibilidad, destacando lo que a su juicio son inconsistencias en ellas y demerita la validez de los informes suscritos por los agentes del orden, con el argumento de que ellos son informes rutinarios que simplemente legalizan el traslado de los capturados y los bienes decomisados de un despacho a otro o de un subalterno a un superior jerárquico.

Insiste el casacionista que tiene mayor rango de credibilidad el testimonio del denunciante y que si se examinan las afirmaciones de los policiales que intervinieron en la captura, se apreciarán dudas que no fueron dilucidadas en el trámite procesal y que no por ello se tiene que hacer víctima de los desaciertos de los funcionarios encargados de administrar justicia a personas inocentes, como es el caso de sus defendidos.

Cita como normas sustanciales infringidas las siguientes: artículo 23 del Código Penal, "por error de hecho al apreciar equivocadamente los testimonios del señor Jaime Aristizábal Garcés, Angel María Gutiérrez Chaparro y Alberto Herrera Gil". Artículo 36 *ibidem*, por imputárseles a sus defendidos "esta forma de culpabilidad, cuando, por el contrario, su participación en el reato está totalmente desvirtuada". Artículos 349, 350 y 351, "al adecuar dentro de estos tipos penales a mis defendidos e imponerles sanción, cuando su participación en los mismos está desvirtuada por el propio ofendido".

Entre las normas medio vulneradas, el libelista menciona los siguientes artículos del C. de P. P.: art. 291, porque no se tuvo en cuenta en el análisis de los testimonios las reglas dadas por la norma para la valoración de este medio de prueba, lo que llevó a desconocer la capacidad y veracidad del único testigo de los hechos, o sea el denunciante.

Artículos 254 y 247, porque no se apreciaron las pruebas en conjunto y no puede existir certeza, ya que el "único testigo presencial está diciendo con firmeza que quienes fueron procesados por los hechos no son los autores, afirmación que demerita cualquier otra posibilidad de responsabilidad resultante de otro medio de prueba".

Finalmente solicita que se case la sentencia y se profiera fallo absolutorio en favor de los procesados por no existir prueba para condenar.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia objeto del recurso, porque no se encuentra error de juicio del sentenciador y a ello se suma la falta de técnica que exhibe la demanda, lo que impone su rechazo.

En primer término, señala el Colaborador Fiscal que el censor no está de acuerdo con la valoración que los sentenciadores hicieron de tres testimonios obrantes en el proceso (el del denunciante y los de los agentes de policía), porque se otorgó un mayor valor

probatorio al dicho de quienes no participaron a ningún título en los acontecimientos que a las aseveraciones de quien fue víctima de ellos.

Considera que este planteamiento es a todas luces insostenible en casación, porque la jurisprudencia ha dicho hasta la saciedad que en tratándose de la causal primera, cuerpo segundo, la alegación por violación indirecta de la ley sustancial ha visto menguado su campo de acción en relación con los falsos juicios de convicción al haber desaparecido del ordenamiento procesal y del régimen probatorio el sistema de la tarifa legal, dejando al Juez plena libertad para apreciar las diversas evidencias, siempre que se apegue a las reglas de la sana crítica, que es el sistema de apreciación que rige en nuestro derecho.

El censor, so pretexto de un falso juicio de identidad sobre las pruebas, insiste en atacar el fallo acusándole falsos juicios de convicción, en la medida en que cuestiona no los hechos que para el sentenciador se desprenden de las pruebas (la tergiversación de la prueba que enuncia), sino el proceso de análisis crítico que se hizo en las instancias sobre las mismas.

Dice que lo que censura a la sentencia no es que el Tribunal haya puesto a decir a los testimonios cosas que no se encuentran en su contenido material, sino que, a pesar de aceptar el relato que se encuentra en ellos, restó credibilidad al dicho del denunciante en tanto que éste se niega a incriminar a los procesados como autores de delito investigado, y, por el contrario, asume que la verdad está del lado de los policiales.

Agrega que el censor mezcla antitécnicamente la prueba testimonial con la indiciaria, para alegar, a su turno, que esta última fue deficientemente construida porque de los hechos indicadores suficientemente explicados por los sindicados dedujo conclusiones inaceptables del examen en conjunto de las pruebas arrimadas al expediente revelando, una vez más, que su censura se dirige a demostrar un falso juicio de convicción.

Advierte la impropiedad del casacionista cuando, al inicio del cargo, pretende echar por tierra la prueba de indicios calificándola de endeble si la base de los indicios son los hechos de que los incriminados deambulaban solitariamente por el paraje en donde fueron retenidos portando una granada y un revólver, no puede válidamente, como lo persigue el libelista, que el indicio construido sobre esta base pueda ser predicable de todos los que el mismo día transitaban por el sector.

Considera la Delegada que no es aceptable que el indicio se pueda predicar en igualdad de condiciones respecto de todas las personas, porque los demás que se vieron en el sitio de la captura viajaban dentro de un automotor, y tampoco las demás personas portaban armas de fuego y guerra. Las únicas personas en quienes se reunían todas las circunstancias para ser considerados como posibles autores del hecho investigado eran precisamente los aprehendidos. Comprobados los hechos (presencia en el lugar, porte de armas, pretensión de evadir la acción de la policía) y teniendo en cuenta el relato de la comisión del ilícito que coincide en estos puntos con lo fácticamente comprobado, el proceso de inferencia lógica con base en las reglas de la experiencia apunta a señalar a los acusados como los autores de hecho, puesto que es posible concluir que si a una persona la sorprenden con los elementos que momentos antes fueron utilizados para la perpetración de un ilícito, es probable que ella sea quien participó en su comisión, como adecuadamente fue deducido por los juzgadores en este caso específico.

C. JUDICIAL - PENAL - [illegible]

Expresa que si se revisa el fallo atacado, fácilmente se advierte que el sentenciador no incurrió en error alguno en cuanto a la interpretación misma del testimonio, porque no se tergiversó su contenido al entender "revólver" o "arma de fuego" en donde dice "pistola nueve milímetros"; lo que sucedió fue que a través del conjunto de las evidencias concluyó que el denunciante pudo incurrir en imprecisiones al momento de relatar los hechos ocurridos, debido a su fuerte perturbación de ánimo -y tal vez a su desconocimiento de las armas de fuego- que le impidió determinar la clase de arma con la que fue agredido, confundiendo una pistola con un revólver. Para ratificar este aserto, la Delegada transcribe un aparte de la sentencia.

Considera el Procurador que el panorama es claro. El sentenciador acepta que el denunciante se refirió a una pistola, pero interpreta esta aseveración en conjunto con las demás pruebas -testimonio de los agentes de policía, captura de los implicados, etc.- para concluir que la pistola pudo responder a una inadecuada percepción del ofendido. La Delegada comparte íntegramente las consideraciones que al respecto hizo el Tribunal y luego concluye que "no puede pretenderse construir un falso juicio de identidad sobre su contenido, porque lo que ocurriría sería un falso juicio de convicción: valieron más para el juzgador las afirmaciones de los policiales y el hecho cierto de que a los encartados les fue decomisado un revólver, que a las aseveraciones -en este punto sin fundamento- del ofendido".

Agrega que cosa similar sucedió con las declaraciones dadas por el ofendido en las diligencias de reconocimiento, ocasión ésta en la que el temor influyó para que el denunciante no reconociera a los autores del ilícito, quizás al pensar que ellos tomarían venganza en posterior oportunidad. El juzgador no distorsionó el contenido de la prueba, sino que arribó a conclusión diversa fundamentándose en el resto del material probatorio, porque a decir verdad las diligencias de reconocimiento no fueron materia de un detenido análisis ni por el *a quo* ni por el Tribunal, implícitamente descartaron, por esta vía, la credibilidad que podrían arrojar tales diligencias.

Al respecto observa, que "se sabe del proceso que el denunciante sufrió una gran angustia al momento del atraco y que posteriormente se mantuvo en ese estado no solamente por la posibilidad de perder su empleo, sino también por una llamada anónima que recibió y de la cual se desconoce totalmente su contenido". También se deduce del averiguatorio que a los pocos instantes de ocurridos los hechos el propio denunciante se presentó en las instalaciones de la policía y allí reconoció al sujeto Edilberto Triana Sanín como uno de sus asaltantes, manifestándolo así a las autoridades pertinentes. Si posteriormente se retractó, se negó a asegurar que los individuos que en dos ocasiones le fueron puestos de presente para su reconocimiento eran los autores del reato, es situación que no resta validez al primero de los reconocimientos, pues éste se produjo en circunstancias más propicias: a sólo pocas horas de haber sido asaltado, cuando aún el denunciante no había recibido la extraña llamada y cuando su ánimo se encontraba más sereno ante la seguridad de que puestos a buen recaudo los asaltantes, nada hacía temer por su vida o su integridad personal. Estas circunstancias fueron las que tomó en cuenta el sentenciador para dar mayor credibilidad a las informaciones de los agentes del orden en torno al reconocimiento de los acusados, avalado éste por las demás pruebas que obran en el plenario y que concurren coherentemente a señalar a los procesados como autores del atraco denunciado.

Para el Ministerio Público no hay error en la apreciación de las pruebas provenientes de un falso juicio de identidad, "todo se reduce a una discordancia entre el demandante y el juzgador en cuanto al valor que se le otorgó al acervo probatorio; es decir, lo que sería el sustento de un ataque por falso juicio de convicción pero que, en estado actual, no puede plantearse con vocación de prosperidad por estar proscrito del sistema probatorio penal el sistema tarifario de valoración".

El demandante ha señalado que las versiones de los policiales no pueden ser tenidas en cuenta como dignas de credibilidad, porque presentan discordancias en algunos aspectos intrínsecos comparadas con las versiones del denunciante; empero, no precisó cuáles eran todas aquellas diferencias o contradicciones internas que de todas maneras no habían permitido salir avante, porque frente a los criterios racionales de apreciación probatoria, se debe preferir el plasmado por el sentenciador, por venir el fallo precedido de las notas de acierto y legalidad. No es verdad que carezca "totalmente de razón lógico-jurídica en consecuencia, el valor probatorio dado a los agentes de Policía, porque si bien es cierto que a los sentenciadores no convenció la negativa del denunciante en el reconocimiento de sus asaltantes, las razones que se expusieron en su oportunidad para avalar sus conclusiones responden a criterios de racionalidad frente al análisis de todos los medios de prueba arrimados al plenario.

Estima la Delegada que los juzgadores, lejos de infringir las normas probatorias, se apegaron en un todo a su contexto, pues el artículo 295 del C. de P. P. es una norma que no traduce una tarifa que imponga al funcionario la obligación de dar mayor credibilidad al testimonio que relate los hechos percibidos directamente por el declarante o que en alguna otra forma brinde "literalmente" mejores condiciones para tomarlo por cierto, y que las mismas disposiciones probatorias imponen la apreciación en conjunto de las diversas evidencias arrimadas al plenario, en razón de lo cual -como sucedió en este caso- un testimonio de quien directamente percibió los hechos fue descartado en su credibilidad (parcialmente) porque los demás medios probatorios lo desmintieron.

V. Consideraciones de la Corte

El demandante formula un cargo único en el que plantea error de hecho por tergiversación de las pruebas por parte de los falladores.

Metodológicamente hace una mezcla inadecuada de todas las pruebas que impide saber en definitiva en qué consiste la tergiversación de cada una, que es la forma como debe hacerse para la demostración cuando se invoca este tipo de error.

El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o, en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente en ella no dice.

En lugar de esa demostración lo que hace el censor es atacar la sentencia atribuyéndole falsos juicios de convicción, puesto que lo que cuestiona no son los hechos que para el fallador se desprenden de las pruebas, sino el proceso de análisis crítico que se hizo en las instancias sobre las mismas.

El actor ataca la prueba indiciaria, aduciendo que yerra el Tribunal al tergiversar de manera protuberante el hecho de haber sido retenidos los procesados la madrugada del

día de los hechos, cerca del lugar donde se encontró el vehículo objeto de apoderamiento, portando la granada de fragmentación y el revólver calibre 38 largo.

Pero de modo contrario a lo que implicaba el reproche formulado, el censor no desconoce que los hechos indicadores tuvieron ocurrencia tal y como le narró el fallador, lo que ocurre es que no comparte las consideraciones y conclusiones del Tribunal, pues con apreciaciones muy personales estima que la presencia de los incriminados obedeció a una reunión familiar que se efectuó en ese mismo sector y la razón de la tenencia de las armas se debió a la calidad de cabo primero del Ejército por parte de Silva Molina, hecho que no admite discusión.

Sobre el primer punto el sentenciador anota lo siguiente:

"Pretendieron Triana y Silva Molina plantear una coartada que justificara su presencia a pocas cuadras del sitio de los hechos y fue así como narraron las actividades ejecutadas esa noche, remontándolas a una supuesta fiesta familiar, pero en este sentido no pudieron entre ellos mismos ponerse de acuerdo, el primero sostuvo que el motivo era el cumpleaños de una sobrina, Silva dice que tal festejo correspondía a él y a su compañero de causa y vienen entonces Eulalia Rojas y Zobeiba Triana, vinculadas afectiva y familiarmente con ellos, y en su afán por favorecerlos, dicen que el cumpleaños era de Gilberto Rojas. Ninguno pues pudo dar un dato preciso y digno de credibilidad y no razón diversa a que se trataba de una mentira organizada para eludir la responsabilidad de los sujetos en cuestión, pero que por ser tal (sic) de bulto ningún efecto positivo para ellos presenta".

El actor, oponiendo su criterio al del fallador, parte de la base de que los hechos indicadores se hallan justificados, y sin ninguna razón valedera afirma que tales circunstancias calificadas en conjunto por el Tribunal como constitutivas de un solo indicio grave, no alcanzan a configurar este medio de prueba, que califica de "endeble", porque sería predicable de todos y cada uno de los que habitan y transitaban por el lugar en los momentos siguientes a la comisión del hecho, y con estas especulaciones concluye que de ello no se puede inferir que los dos detenidos son los autores del punible investigado.

Sobrada razón le asiste al señor Procurador cuando dice que si la base de la inferencia son los hechos de que los incriminados deambulaban solitariamente por el lugar en que fueron retenidos portando una granada y un revolver, no puede válidamente aducirse, como lo hace el libelista, que el indicio constituido sobre esta base pueda ser predicable de todas las personas que ese mismo día transitaban por el sector, toda vez que el denunciante relató en su oportunidad que fue asaltado por dos sujetos que lo intimidaron con una granada y una pistola (granada y revólver fueron hallados en poder de los dos procesados) y se sabe, además, por información de los policiales, que Silva Molina y Triana Sanín fueron aprehendidos cuando deambulaban solos por el sector; las demás personas que los agentes relatan haber visto en el barrio se desplazaban en un colectivo que pasó sin cupo libre por el sitio, razón por la cual no recogió a los acusados, quienes le hicieron señal de pare cuando advirtieron que serían requeridos por los agentes de policía. En estas circunstancias, resulta evidente que no es aceptable que el indicio se pueda predicar en igualdad de condiciones para todas las personas.

Establecidos los hechos (presencia en el lugar, porte de armas, pretensión de evadir la acción de la policía) y teniendo en cuenta que el relato de la comisión del ilícito coincide en estos puntos con lo fácticamente comprobado, fuerza concluir, como acertadamente lo hace el Ministerio Público, que el proceso de inferencia lógica con base en las reglas de la experiencia apunta a señalar a los acusados como autores del hecho, como adecuadamente fue deducido por los juzgadores de instancia en este caso específico.

Tampoco incurrió el sentenciador en falso juicio de identidad en torno al testimonio del denunciante, puesto que no tergiversó su contenido al entender "revólver" o "arma de fuego" en donde dice "pistola nueve milímetros", lo que ocurrió fue que del análisis conjunto de las pruebas, concluyó que aquél pudo incurrir en imprecisiones al momento de relatar lo sucedido, debido a su fuerte perturbación de ánimo, que incidió en una inadecuada percepción del ofendido.

Sobre este aspecto el Tribunal en la providencia recurrida dijo textualmente:

"Así, los acusados se encontraban a escasas cuadras del lugar donde se recuperó el vehículo, no por casualidad, sino porque fueron ellos los sujetos que antes lo habían hurtado al conductor; eran los únicos personajes que deambulaban en esos instantes por el lugar y, como si fuera poco, se les encuentran en su poder un revólver y una granada, elemento este último que no es de común porte entre la ciudadanía; objetos que justo coinciden con los descritos por el denunciante, pues él clara mención hace de que fue amenazado con una granada y aunque sobre el arma dice que se trataba de una pistola, no es tal divergencia protuberante, pues lo cierto es que se trataba de un arma de fuego y obviamente las circunstancias y el pánico sufrido por la víctima pudieron incidir en una equivocada descripción.

"Lo anterior se ve refrendado por las declaraciones provenientes de los policiales Alberto Herrera y Angel Gutiérrez. Corroboran el hallazgo de tales bienes al momento de la captura y, lo más importante, precisan que Edilberto Tiana fue reconocido sin vacilaciones por el afectado, que lo señaló como uno de los delincuentes y además confirmó el aserto interrogando por el otro individuo, el que exhibía corte de cabello al estilo militar y precisamente resulta Edilson (sic) Silva Molina un cabo primero, esto es, miembro de las Fuerzas Militares".

Como puede observarse, no se trata de una tergiversación de las pruebas, sino de una interpretación que de ellas hace el Tribunal de acuerdo con el resto del material probatorio. Es perfectamente aceptable que el denunciante, por temor, pudo equivocarse en cuanto a la identificación particular de la clase de arma que se esgrimió en su contra, y además, razón le asiste al sentenciador, si se tiene en cuenta que salvo que el declarante fuese realmente un experto en armas de fuego (condición que no aparece dentro del expediente), no podía precisar el calibre de la pistola -9 milímetros- con su sola apreciación externa, como al parecer ocurrió, porque el calibre es atributo del arma que no depende de su apariencia externa, sino del diámetro interno de su cañón, lo que resulta imposible determinar con precisión a simple vista, menos aún si tal percepción se produce bajo un estado de innegable angustia, como fue el relatado por el denunciante.

Para el juzgador son más valederas las afirmaciones de los policiales y el hecho cierto de que a los incriminados les fue decomisado un revólver, que las aseveraciones -en este

punto sin fundamento- del ofendido, sin que ello implique un falso juicio de identidad sobre el contenido de las pruebas.

Lo que ocurre es que el demandante confunde el error de hecho por falso juicio de identidad con el error de derecho por falso juicio de convicción, y es por eso que su planteamiento pretende demostrar que al tenerse en cuenta unas pruebas la valoración de otras fue equivocada. Por esta razón anota en la demanda:

"Al cotejar las versiones de los agentes de la policía que intervinieron en la captura con la del señor Jaime AristizÁbal Garcés, encuentran los falladores que hay discrepancias, pues aquellos informan que el denunciante reconoció a uno de ellos presentándose en la subestación de Meissen, hecho que es desmentido por éste, quien además precisa que no los ha visto después del asalto, lo que confirmó en las diligencias de reconocimiento en fila de personas".

A continuación del parágrafo antes transcrito, afirma el libelista que entre las versiones de los policiales y el ofendido "necesariamente la credibilidad se la debe llevar el último, pues es quien tuvo el privilegio (si es que así puede calificarse para los fines del análisis probatorio) de apreciar y sufrir los hechos en carne propia y no aquellos que llegaron a la investigación por un hecho aislado como fue el de la captura de los dos sujetos a quienes les hallaron incluso armas discrepantes con las que se cometió el delito".

Es verdad que el juzgador no diseccionó la prueba, lo que ocurrió fue que llegó a conclusiones que el casacionista no comparte; las diligencias de reconocimiento no fueron materia de un detenido análisis por los falladores de instancia, quienes implícitamente descartaron por esta vía la credibilidad que podrían arrojar tales diligencias.

Está establecido en el proceso que el estado de angustia en que se mantuvo el procesado no obedeció solamente a la pérdida del empleo, como pretende hacerlo ver el libelista, sino también a una llamada anónima que recibió y de la cual se desconoce totalmente su contenido. También se deduce de lo manifestado por las autoridades pertinentes que a los pocos instantes de ocurridos los hechos el denunciante se presentó en las instalaciones de la policía y allí reconoció a uno de los asaltantes e interrogó sobre el paradero del otro de corte militar, que ya había sido remitido a órdenes de la Brigada.

Con indudable acierto destaca el señor Procurador que si el denunciante posteriormente se retractó, cuando se negó a asegurar que los individuos que en dos ocasiones diversas le fueron puestos de presente para su reconocimiento eran los autores del punible, esta situación no resta validez al primero de los reconocimientos, pues éste se produjo en circunstancias más propicias, a sólo pocas horas de haber sido asaltado, cuando aún el denunciante no había recibido la extraña llamada y cuando se encontraba más sereno ante la seguridad de que puestos a buen recaudo los asaltantes, nada había que temer. "Estas circunstancias fueron las que tomó en cuenta el sentenciador para dar una mayor credibilidad a las informaciones de los agentes del orden en torno al reconocimiento de los acusados, avalado éste por las demás pruebas que se arrimaron al plenario y que concurren coherentemente a señalar a Silva Molina y Triana Sanín como los autores del atraco denunciado".

Para la desestimación del pretendido error de hecho aducido, bastaría tener en cuenta la observación ya hecha de que el libelista lo confunde con error de derecho por falso juicio de convicción, lo que lo llevó a no intentar siquiera demostrar el cargo, pues no señala ninguna prueba en concreto que haya sido tergiversada, centrando su inconformidad en el valor que les reconoció el sentenciador a algunos medios de convicción.

No obstante lo anterior, es oportuno agregar que los juzgadores de instancia apreciaron las pruebas de acuerdo con las normas probatorias, pues ninguna de ellas impone al funcionario judicial la obligación de dar mayor credibilidad al testimonio de quien pudo percibir los hechos directamente. En el caso que nos ocupa, lo que sucedió fue que el conjunto de diversas evidencias arrimadas al plenario suplieron la falta de colaboración del ofendido, quien en actitud reprochable, pero explicable, se negó a sostener lo que relató inicialmente, pero a decir verdad, la circunstancia de haber capturado a los implicados cerca al lugar donde se encontró el vehículo, portando una granada y un arma de fuego, elementos a los cuales se refería la víctima en la denuncia, era prueba más que suficiente para condenar, pues una granada no es arma que se utilice comúnmente para los atracos, y en este caso encuentra explicación por la condición de miembro del Ejército de uno de los delincuentes.

Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al Juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo.

El cargo no prospera.

Como el porte de la granada es una conducta que amerita investigación penal y no aparece constancia de ello, se compulsarán copias con destino a la Fiscalía para lo de su cargo.

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 recurrida.

Compúlsense las copias ordenadas en la parte motiva.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Reseña el artículo 55 del numeral 2º de la Ley 81 de 1993 que cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, tendrá derecho al beneficio de libertad provisional, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, para la procedibilidad del subrogado penal allí previsto. / Dicha norma faculta al Juez para otorgar el beneficio de libertad condicional al condenado a pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2). Cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación total. / La norma exige que la pena impuesta sea mayor de tres (3) años o de prisión que exceda de dos. En penas inferiores, lo procedente es la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional al momento de dictarse la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8573.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta número 104.

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

El procesado Héctor José Campos Bonilla, quien se halla detenido en la Cárcel Distrital de esta ciudad, solicita se le conceda el beneficio de libertad conforme a las previsiones de los artículos 72 del Código Penal y 515 del Código de Procedimiento Penal, dado que ha descontado las dos terceras partes de la pena que se le impuso en este asunto, haber observado conducta ejemplar y no contar con antecedentes de ninguna índole.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 27 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó al procesado Héctor José Campos Bonilla a la pena privativa de la libertad de dieciocho (18) meses de prisión,

como autor responsable del delito de hurto agravado, según fallo de 9 de diciembre de 1992 y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, determinaciones que fueron confirmadas por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en sentencia calendada a 15 de febrero del corriente año, la que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

Enseña el artículo 55 numeral 2º de la Ley 81 de 1993 que cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, tendrá derecho al beneficio de libertad provisional, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, para la procedibilidad del subrogado penal allí previsto.

Dicha norma faculta al juez para otorgar el beneficio de libertad condicional al condenado a pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2), cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Siendo así que Campos Bonilla fue condenado a la pena privativa de la libertad de dieciocho (18) meses de prisión, la excarcelación pretendida resulta inconducente, por cuanto la norma exige que la pena impuesta sea de arresto mayor de tres (3) años o de prisión que exceda de dos (2). En penas inferiores, lo procedente es la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional al momento de dictarse sentencia, beneficio del cual fue excluido expresamente el peticionario en los fallos de instancia. En consecuencia, deberá cumplir la totalidad de la sanción, salvo que esta Colegiatura al momento de decidir el recurso extraordinario de casación disponga cosa distinta.

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

RESUELVE:

1. *Negar* al procesado Héctor José Campos Bonilla la excarcelación demandada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Si la ley imponía un determinado valor a un medio de prueba y el Juez le asignaba uno diferente, el yerro era evidente. Bastaba la simple comparación para extraerlo e imponer el remedio consiguiente. A la fecha, la situación ha variado de manera tajante. Las reglas de la sana crítica constituyen el norte del juzgador, pues son la ponderación, la lógica misma y las reglas de la experiencia los fundamentos que debe tener en consideración para demeritar o ensalzar determinada probanza no sólo en cuanto a sí misma sino en relación con sus homólogas del devenir procesal. / Si lo que se buscaba era no atacar la prueba en sí sino la inferencia lógica que se extraía del hecho indicador, el ámbito natural para exponer sus razones era el error de hecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8205.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 104.

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Alí Buitrago, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria del fallo dictado por el Juzgado Único Superior de Chaparral (Tolima), que condenó al procesado, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio agravado, a purgar la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, y como accesoria, la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años.

Hechos

El Tribunal los reseñó en los siguientes términos:

"Historia el proceso que un día domingo con aproximación al veinte (20) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), a eso de las cuatro de la tarde, Evelio Hernández

Méndez, joven que no hacía mucho tiempo había regresado de pagar el servicio militar, salió de la finca El Jardín, situada en la vereda Risaralda-Calarma, en jurisdicción del municipio de Chaparral, en donde habitaba con sus padres y su compañera y dos pequeños niños, rumbo a la finca El Pomarroso, del señor Alonso Méndez Reinoso, en la misma vereda, en donde debía cumplir un contrato de trabajo en limpia de un cafetal, a partir del día siguiente, o sea el lunes.

"Hacía apenas unos diez minutos que Evelio había salido de la casa principal, cuando llegaron dos (2) individuos armados de revólver preguntando por él, los que arbitrariamente penetraron a la habitación requisándola en su búsqueda, tildándolo de contraguerrillero y humillando a su progenitora y a la compañera, que llegó en esos instantes, a las que amenazaban con matarlas si no les daban razón del joven, a quien divisaron por señalamiento que les hiciera su compañera cuando por el camino a cierta distancia se dirigía a la finca en cita, justo cuando se acercaba a la finca Los Andes, por donde obligatoriamente debía atravesar, lo que permitía la topografía quebrada del terreno, hacia donde inmediatamente se encaminaron los dos sujetos que averiguaban por él.

"Cuando los dos desconocidos abandonaban la finca primeramente citada, se encontraron con don Angel María Hernández Sánchez -padre de Evelio-, que regresaba del mercado de Chaparral, preguntándole por el camino para ir a la finca Los Andes, no muy lejos de allí, habiéndoles indicado la ruta precisa, por la que en efecto siguieron. En tanto que al entrar Angel María a su residencia fue informado por su esposa Adelina Méndez de Hernández de lo que acababa de ocurrir con los individuos que iban saliendo.

"Sospechando que algo grave podía pasarle o le había pasado a su hijo, don Angel María Hernández, muy de madrugada al día siguiente ensilló una bestia en la que se dirigió primero a la finca El Pomarroso, hacia donde había partido aquél, a donde llegó a las cinco y media de la mañana y en donde se le dijo que Evelio no había llegado, circunstancia por la cual a su retorno se encaminó a la finca Los Andes, dado que, tanto la progenitora como su compañera, por la cercanía y la topografía del terreno, lo habían visto la tarde anterior llegando o acercándose a la casa de la finca acabada de mencionar. Finca de la que, por entonces, era su mayordomo José Ali Buitrago, en donde al preguntar por Evelio se le respondió en primer término por la mujer del mayordomo, Blanca Nubia Silva, con evasivas y de malas maneras que no había llegado esa tarde, ni lo habían visto pasar por allí desde hacía más o menos veinte (20) días.

"Las sospechas de don Angel María se acentuaron, cuando para sorpresa suya al llegar a la dicha finca Los Andes había a esa hora de la mañana del lunes en cita, aproximadamente diez (10) subversivos o guerrilleros vistiendo prendas militares y debidamente armados, entre ellos dos mujeres que trataban común y corriente o con cierta confianza con el mayordomo José Alí Buitrago, ante quien insistió el señor Hernández Sánchez, le diera alguna razón de su hijo, respondiéndole por último que Evelio había sido "desterrado", lo que prácticamente confirmó el hombre que dijo ser el comandante del grupo armado, cuando se atrevió a preguntarle por la suerte de su hijo, aunque se le afirmó que estaba en buenas condiciones.

"Dos días después José Alí Buitrago, desde un potrero, mandó llamar a Angel María Hernández, para preguntarle si iba a formular denuncio por la inminente desaparición de

su hijo, contestándole que lo haría cuando pudiera conseguir más datos sobre el caso. Así que, desde entonces, el joven quedó perdido y su padre sin noticias ciertas del mismo, hasta que quince (15) meses después, el veinte (20) de julio de mil novecientos noventa (1990), hallándose en la plaza de mercado de Chaparral, vendiendo frutas sacadas de su conocida finca, al señor Hernández se le acercó un ciudadano que más tarde fue identificado como Ulises Rodríguez Reyes, al que, por ser tartamudo, erróneamente se le dice el Mudo o el Tantico, quien pidiéndole en primer término todo el sigilo posible, le manifestó que a Evelio lo habían matado en la precitada finca Los Andes, siendo su verdadero ejecutor o promotor del crimen el mayordomo José Alí Buitrago, quien junto con otros individuos, debidamente amarrado, lo habían sacado de allí, en las horas de la noche, el mismo domingo que quedó referido al comienzo, habiéndolo enterrado lejos de la casa, cuyo sitio -más o menos- le indicó. Con esta información el señor Angel María Hernández, acompañado de algunos familiares, se fue en busca de los restos de su hijo, los que en efecto fueron encontrados enterrados en el sitio que aproximadamente había indicado Ulises, a unos ciento cincuenta (150) metros de la casa habitada por Buitrago en la época de su desaparición; hallazgo hecho el dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990), habiéndose llevado a término cuatro (4) días después el levantamiento de lo que fue el cadáver de Evelio Hernández Méndez, por parte del Inspector Departamental de Policía de Risaralda Calarma, constatándose la existencia de un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, sin orificio de salida.

"Valga expresarlo, que los restos fueron plenamente reconocidos como correspondientes a Evelio Hernández Méndez, por las prendas de vestir y algunos elementos personales que llevaba el día de su desaparición, con los cuales fue enterrado, excepto algunos como la escopeta de cápsula que llevaba consigo tal día, su reloj de pulsera y otros sujetos de mínimo valor que se repartieron o llevaron sus victimarios luego de eliminarlo".

Sinopsis Procesal

La síntesis la realizó la Delegada. Escúchense sus palabras:

"Fue gracias a la información suministrada por el señor Ulises Rodríguez, conocido como el Mudito y trabajador ocasional de la finca Los Andes en la fecha en que comenzó a notarse la desaparición de Evelio Hernández Méndez, que el padre de éste tuvo conocimiento del sitio en donde había sido ultimado y enterrado.

"Practicado el levantamiento del cadáver y capturados los esposos José Alí Buitrago y Blanca Nubia Silva, administradores de la finca aludida, se inició la investigación penal en cuyo desarrollo se recaudó abundante prueba testimonial suficiente para que desde el comienzo recayera medida detentiva a los indagados Buitrago y Silva, y luego auto acusatorio contra el primero y reapertura investigativa para la segunda.

"Adelantado el juicio, concluyó el trámite de la primera instancia con sentencia condenatoria para el acusado como coautor del delito de homicidio agravado. Las declaraciones de Angel María Hernández Sánchez (padre de la víctima), Adelina Méndez de Hernández, Ana Berilda Muñoz y Ulises Rodríguez Reyes constituyeron el soporte probatorio fundamental en la toma de esta determinación, especialmente las afirmaciones del último, pues para el sentenciador *a quo* es evidente que de lo depuesto por Ulises

Rodríguez Reyes se establece que fue José Alí Buitrago quien les ordenó a dos de sus trabajadores que fueran a la vivienda de Evelio Hernández y se lo trajeran, actividad para la cual les dio las armas necesarias -revólveres- por cuanto había un problema entre ellos y que lo iban a arreglar, la orden fue llevada a cabo y Evelio fue traído amarrado con un lazo. Posteriormente el mismo José Alí Buitrago salió en compañía de sus dos trabajadores hacia la parte baja de la casa llevando consigo la víctima; al momento regresó, encontró a un grupo de gente al parecer perteneciente a grupos armados y con dos de ellos se dirigió a donde se encontraba Evelio, lo que hizo provisto de una pala y un barretón, escuchándose después varias detonaciones.

"Impuestas en consecuencia las penas, principal y las accesorias ya conocidas, así como la obligación indemnizatoria en favor de los herederos en monto de $7.712.000, más el equivalente de 300 gramos oro por valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el punible, el procesado y su defensor recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia sin éxito, pues el Tribunal terminó por impartir íntegra confirmación a esa decisión produciéndose el fallo del demandado ahora en casación".

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación reseñada en el artículo 220 del C. de P. P., el recurrente plantea tres reproches:

Primero:

El fallador cometió un error de derecho al apreciar el testimonio de Ulises Rodríguez. Considera excesiva la credibilidad que se le diera en las instancias, pues si bien acierta el declarante en el lugar en donde fue enterrado el cadáver de la víctima, miente cuando afirma que el mismo fue traído amarrado por dos trabajadores de Buitrago, ya que tanto la madre del interfecto como su compañera afirman que salió solo y que solo también llegó a la casa de Los Andes.

Como razones para dudar de la veracidad de su exégesis señala su afirmación de que se encontraba ordeñando cuando vio a Buitrago ordenar a sus trabajadores que aprehendieran a Evelio Hernández, pues en el campo no se realiza tal labor en las tardes. Además, asegura que no vio arma alguna cuando lo trajeron atado, pese a que los progenitores de Evelio son contestes en asegurar que llevaba una escopeta de cápsula. Por cierto que recuerda que el occiso vestía prendas militares y tenía la "manía de presentarse como contraguerrillero", motivo más que suficiente para que la guerrilla lo buscara para eliminarlo.

Como normas violadas cita los artículos 23, 323 y 324 del C. P., y 247 del C. de P. P.

Segundo:

Considera la sentencia como violatoria de los artículos 247, 248, 300, 301, 302 y 303 del C. de P. P., por error en la valoración de la prueba indiciaria que señala la responsabilidad de su cliente. Al respecto considera que el Tribunal consideró como móvil para delinquir la enemistad existente entre Buitrago y Hernández ante la posibilidad de que el segundo reemplazara al primero como administrador de la finca Los Andes. Sinembargo -arguye el censor- el dueño del inmueble apenas resalta que Hernández en alguna

oportunidad le había solicitado tal favor. Y en cuanto a la queja que le hiciera Buitrago por la deficiente alimentación que recibía del encargado de la finca, su propietario precisa que ése fue un reclamo generalizado de todos los trabajadores, hecho que lo motivó a llamarle la atención a Buitrago.

En cuanto al indicio de oportunidad, desaprueba la afirmación del Tribunal acerca de que el procesado, en compañía de sus trabajadores y de Evelio Hernández, se hubieran dirigido "hacia abajo de la casa, pues en ningún momento aparece que Ulises hubiera estado en dicho lugar", por consiguiente " la falsa apreciación de la prueba sobre el hecho indicador de tales indicios llevó al juzgador a dar por demostrados unos hechos y unos indicios que no lo están".

Tercero:

Se presenta en forma subsidiaria. El sentenciador cometió un error de derecho en la apreciación del testimonio de Ulises Rodríguez, violando los artículos 292 y 304 del C. de P. P., " por tratarse de un acto procesal afectado de nulidad". Respalda su aserto en la carencia de identificación de dicho individuo por cuanto rindió su testimonio, con violación a lo dispuesto en el artículo 282 del C. de P. P., afirmando, por último, que su trascendencia es innegable toda vez que es la única prueba de cargo. Esta irregularidad afecta tanto el debido proceso como el derecho de defensa.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

En lo que se refiere al primer cargo la Delegada considera que "de entrada se impone su rechazo", al desconocer el censor que la ausencia de tarifa legal para probanzas como el testimonio impide su alegación en el ámbito del error de derecho, pues su análisis se rige por el sistema de la libre y racional apreciación.

Respecto al segundo reproche, la Delegada llama la atención sobre el silencio que guarda el recurrente acerca del sentido de la violación, pues no precisa si el quebrantamiento de la ley vino por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Sin embargo, aceptando que la tacha se elevó en el terreno del error de derecho -deducción que se hace de sus palabras al referirse a la valoración de la prueba indiciaria- su improsperidad es manifiesta no sólo por lo dicho al responder el primer ataque sino también porque en tratándose de la prueba indiciaria, su crítica ha de hacerse en los linderos del error de hecho. Resalta además su intento por corregir el desacierto al precisar una posible tergiversación del testimonio de Lázaro Méndez, agravándose sus falencias, pues traslada la censura al error de hecho por falso juicio de identidad, planteo simultáneo que crea una notable confusión e impide acometer el estudio del libelo.

Finalmente, en lo que se refiere a la tercera objeción, el Colaborador rechaza la ambigüedad en su proposición, pues simultáneamente habla de las causales primera y tercera, quedando imposibilitada la Corte de corregir el escrito merced a los principios de limitación y neutralidad. De otra parte, destaca la ausencia de dudas sobre el declarante, a quien se señaló como Ulises, pues pese a no portar un documento de identificación, este sujeto brindó con lujo de detalles los pormenores de la comisión del ilícito, acertando en muchos aspectos tales como el número de personas que intervinieron en los hechos, la ubicación de la finca donde se desarrollaron los acontecimientos y el sitio en donde fue enterrado el cadáver, los elementos que llevó José Alí Buitrago para cavar la fosa de

su víctima, el número de subversivos que llegaron al inmueble; y, en fin, el señalamiento de dos individuos que cumplieron con la orden.

Por tales razones solicita de la Sala rechazar la demanda puesta a su consideración.

La Corte

Primer cargo:

Como ligeramente lo advierte la Delegada, temprano, cuando apenas han transcurrido los primeros renglones se advierte la sinrazón del ataque. Desconociendo lo dicho en innumerables oportunidades por la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el recurrente cuestiona la sentencia de segundo grado por haberle otorgado credibilidad absoluta al testimonio de Ulises Rodríguez, criterio anclado en el pasado donde la existencia de la tarifa legal hacía posible la impugnación al través del error de derecho por falso juicio de convicción. Si la ley imponía un determinado valor a un medio de prueba y el juez le asignaba uno diferente, el yerro era evidente. Bastaba la simple comparación para extraerlo e imponer el remedio consiguiente. A la fecha, la situación ha variado de manera tajante. Las reglas de la sana crítica constituyen el norte del juzgador, pues son la ponderación, la lógica misma y las reglas de la experiencia los fundamentos que debe tener en consideración para denigrar o ensalzar determinada probanza no sólo en cuanto a sí misma sino en relación con sus homólogos del devenir procesal. Así lo hizo el sentenciador al considerar que sólo merced a los precisos informes aportados por el testigo (sitio en donde fue enterrado el cadáver, fecha de su muerte, etc.) fue posible hallar el cuerpo de Évelio Hernández. Su relato sobre la forma como ocurrió el suceso criminal y sus autores, adquirió una dimensión mayúscula, erigiéndose como pilastra de la sentencia. El análisis es certero y ajustado a derecho.

El ataque vulnera la técnica. El fracaso es la consecuencia.

Segundo cargo:

Aunque la demanda guarda silencio sobre la modalidad del error alegado, de todas maneras de su texto se infiere que el ámbito de impugnación lo plantea dentro de consideraciones propias del error de derecho por falso juicio de convicción. El planteo es erróneo dado que ante la ausencia de tarifa legal, no es permisible su alegación en este terreno, regido únicamente -como se vio- por las reglas de la sana crítica. Ahora bien, si lo que buscaba era no atacar la prueba en sí sino la inferencia lógica que se extraía del hecho indicador, el ámbito natural para exponer sus razones era el error de hecho. No obstante, no dirige sus esfuerzos a demostrar tal falencia, por lo que sus palabras quedan al nivel del simple enunciado.

Sin embargo y como quiera que renglones adelante el censor pretende corregir el rumbo al plantear una posible distorsión del testimonio de Lázaro Reinoso, la Sala prosigue en su análisis para resaltar el galimatías resultante. Es que ahora coloca su inconformidad en el terreno del error de hecho por falso juicio de identidad. Su afán por aclarar su pensamiento provoca el efecto contrario, pues enfrenta a la Corte ante una dilogía imposible de resolver. Tergiversación y valoración, errores de hecho y de derecho, alegación simultánea de dos errores de naturaleza disímil y, por ende, imposibles de estudiar al mismo tiempo, en relación con el mismo medio de convicción.

Ahora bien, de todas maneras un planteo adecuado tampoco le hubiera reportado el éxito esperado. Obsérvese, según el recurrente, que el Tribunal erró al aseverar que Lázaro Reinoso, dueño de la finca, "...aceptó esta posibilidad, la de dar en administración de (sic) la finca a Evelio Hernández...", lo que provocó el resquemor del procesado en contra del presunto favorecido. Al respecto el *ad quem* advierte que los móviles del homicidio "...lo constituyeron no sólo la animadversión o enemistad que se había creado entre José Alí Buitrago, por ser el potencial reemplazo suyo como mayordomo de la finca Los Andes, sino también la reputación que se le había venido dando a aquél de contraguerrillero...". Esta inferencia la extrajo del dicho vertido por el propio Reinoso, quien a la letra dijo en su intervención procesal, "tal vez si, de pronto me dijo en alguna oportunidad, me dijo que de pronto cuando entregara la finca José Alí Buitrago se la dejara a él".

Como bien se observa, la interpretación es acertada. La animadversión entre los protagonistas del hecho punible surgió como consecuencia, entre otros motivos, de las intenciones que albergaba el occiso de administrar la finca que tenía bajo su responsabilidad Buitrago. De tal grado era su interés, que incluso llegó a comentarle sus intenciones al propietario del fundo. Por ello, el Tribunal habla de "potencial reemplazo", pero en ninguna parte afirma que Reinoso hubiese aceptado dicha posibilidad, como erradamente lo manifiesta el censor. La inquina de Buitrago se produjo por las intenciones de su oponente y no porque el propietario hubiere aceptado el pedimento. La crítica, como puede verse, no tiene razón de ser.

De otro lado sabe recordar como le hace la Delegada- que el Tribunal no tuvo como elemento de juicio solamente la aseveración de Lázaro Reinoso. La esposa de Evelio Hernández se pronuncia en igual sentido, informando al proceso sobre la "posibilidad que tenían de ser administradores del inmueble, según comentarios de su esposo quien, además, le manifestó sobre la bronca que Buitrago le tenía por tal motivo.

Es de ver, pues, que a la carencia de técnica se suma la sinrazón misma del reproche. El fracaso es su justa medida.

Tercer cargo:

De entrada, cuando apenas transcurren los tres primeros renglones, el censor propone un planteo dilógico que presto conduce al fracaso del ataque. Según sus palabras, acusa la sentencia "...Por error de derecho, en la apreciación del testimonio de Ulises Rodríguez Reyes por violación de los artículos 292 y 304 del C. de P. P., por tratarse de un acto procesal afectado de nulidad". Como fácil es advertir, el cargo se pretende desarrollar en el ámbito de dos motivos tan disímiles en su naturaleza como en sus efectos, imposible alegarlos simultáneamente sobre un mismo hecho o prueba, pues cada cual tiene su propio esquema lógico y su propia argumentación. En este caso, las causales primera y tercera son las invocadas. El desatino es mayúsculo.

Y si se avanza más en la lectura del libelo, la dimensión del reproche queda reducida a su más mínima expresión. Según las intenciones del actor, el vicio que pone de presente no sólo comprometería la sentencia sino al proceso todo. Su pretensión es exagerada. A lo sumo y si en realidad la carencia de identificación del testigo se constituía en un vicio relevante, únicamente afectaría el acto en sí mismo, esto es, a dicha deposición, quedando

inobjetable la actuación restante. Ahora bien, si en verdad la sentencia se fundamentó en un medio de prueba ilegal, es claro que el reproche debió intentarse bajo el auspicio de la causal primera, segundo cuerpo, por configurar un posible error de derecho, por falso juicio de legalidad. Hacia este ámbito debió haber dirigido sus esfuerzos el censor, en vez de intentar un ataque coetáneo por los dos motivos aludidos.

De todas maneras, tampoco la objeción tenía abierta ante sí la senda del éxito.

En las instancias -desde la concurrencia del dicho testigo- fueron muy claros los jueces en aclarar que el individuo que narraba la historia que condujo al esclarecimiento del crimen fue el mismo que se encontraba en la finca Los Andes, descartándose una posible mitomanía dados los detalles certeros que proporcionó sobre la ubicación del cadáver, el nombre de sus patronos, los trabajadores que cumplieron la orden, las armas que llevaban consigo, los elementos utilizados por el acusado para cavar la fosa, y otros pormenores que sólo un testigo presencial podía proporcionar.

También este reproche fracasa con estrépito.

En mérito y en razón 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.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Carrasca, Secretario.

INIMPUTABILIDAD / PRUEBA

Es verdad que el funcionario debe buscar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una obligación puramente mecánica que lo obligue a practicar pruebas sobre la sanidad mental del acriminado, cuando no se han constatado hechos que en principio permitiera cuestionarla. El deber de decretar un dictamen pericial psiquiátrico-forense surge cuando sea necesario para los fines del proceso, y como es obvio en cuanto sea conducente para dilucidar la duda que pueda surgir respecto a la sanidad mental del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8196.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 103.

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Pablo Mora González, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito, anteriormente Cuarto Superior de Bogotá, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión por el delito de homicidio, modificando la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para fijarla por un período igual a la de la sanción principal.

I. Hechos

El Juzgado de primera instancia los resume en los siguientes términos:

"Historian los autos que el 16 de junio de 1991, siendo las nueve de la noche aproximadamente, cerca del parudero de buses de barrio La Gaitana de esta ciudad (Bogotá) los señores Carlos Patricio Hernández y Omar Antonio Hernández, cuando se

dispontan a coger bus para dirigirse a sus residencias junto con una hermana y la esposa del primero, fueron agredidos con arma de fuego, revólver, por un sujeto que instantes después de los hechos fue retenido e identificado como José Pablo Mora González. Como consecuencia de las heridas causadas por el agresor, resultó muerto Carlos Patricio Hernández y lesionado su hermano Omar Antonio".

E. Actuación Procesal

La investigación correspondió al Juzgado Ciento Cinco de Instrucción Criminal, despacho que oyó en indagatoria a Mora González, quien puso de presente en esta diligencia su pleno estado de lucidez mental para el momento de los hechos, no obstante que algunos deponentes refirieron que se encontraba como embriagado y "disparando como un loco". Admitió el indagado ser el autor del hecho aunque pretendiendo justificarlo al aducir que fue víctima de varios sujetos, entre ellos una mujer, que mediante violencia pretendieron despojarlo de sus bienes, circunstancia ante la cual se vio en la necesidad de accionar su arma de fuego con la intención de intimidar a los agresores.

Definida la situación jurídica con auto de detención, y una vez perfeccionada y cerrada la investigación, el juez instructor, en providencia de octubre 7 de 1991, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra José Pablo Mora González por los delitos de homicidio y lesiones personales, en concurso.

Interpuestos los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra la providencia calificatoria, el Juzgado resolvió el primero en forma adversa a los intereses del procesado y concedió el segundo. El Tribunal Superior de esta ciudad capital decidió confirmar el auto materia de impugnación.

El Juzgado Cuarto Superior, ahora Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, tramitó la etapa del juicio, y una vez concluida dictó sentencia condenatoria contra el procesado, al negarse la causal de justificación consagrada en el artículo 29-4 del Código Penal y los pedimentos subsidiarios alegados por el defensor de aquél. Como consecuencia le impuso la pena principal -diez años y seis meses de prisión-, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas -8 años-, el pago de $932.927.57 por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a 700 gramos oro, por concepto de daños morales, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Igualmente ordenó compulsar las copias pertinentes para que las autoridades de policía investiguen las lesiones personales causadas a Omar Antonio Hernández, y compulsar las copias de los folios correspondientes, a efecto de que se investigue el presunto hecho punible contra la administración de justicia por parte de Alfonso Hernández Rubio y Vicente Flórez Cepeda, testigos en este proceso.

El Tribunal, no obstante confirmar el fallo de primer grado, consideró viable ajustar el término de duración de la pena accesoria, fijándola en el mismo tiempo que corresponde a la sanción principal -diez años y seis meses-.

III. La Demanda

El defensor del procesado plantea un único cargo, al amparo de la causal tercera de casación, por estimar que la sentencia está dictada en un juicio viciado de nulidad.

Aduce el demandante que desde la misma fase inicial del proceso, por los elementos existentes se imponía el deber de establecer con precisión y claridad si para el momento de los sucesos el sindicado se encontraba perturbado mentalmente y en consecuencia su capacidad de autodeterminación disminuida, alterada o suprimida parcial o totalmente.

Expresa que es evidente que por las manifestaciones de algunos declarantes en el sentido de que el sindicado para el momento en que accionaba el revólver daba muestras de estar "embriagado ...borracho", pues hablaba solo, gritaba, "sacaba el revólver" y amenazaba, era imperiosa en el proceso la práctica de un dictamen psiquiátrico forense, para verificar la existencia o ausencia de imputabilidad penal del procesado.

En sentir del libelista, al no realizarse la prueba antes aludida, se estructuró una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y la sentencia impugnada, pues la investigación no esclareció la duda que por lo menos surgía de la prueba testimonial e indiciaria respecto del trastorno mental en que pudo actuar el implicado.

Agrega que las personas alteradas por estados morbosos mentales no hacen manifestaciones de aceptación de sus alteraciones psíquicas y, por el contrario, pretenden ser totalmente normales, por lo que no era al procesado al que le correspondía resolver la duda sobre el estado de trastornado en que lo observaron todos los participantes del hecho, e igualmente su incidencia jurídico-procesal con todas sus consecuencias.

Arguye que la imputabilidad se dio por supuesta y ello constituyó el fundamento del fallo. La apreciación judicial errada de un estado de normalidad como postulado indemostrado en el proceso fundó el juicio de reproche de antijuridicidad de la conducta *y a posteriori* la consecuencia de la pena de prisión impuesta.

Solicita a la Corte que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, a fin de que se perfeccione con la práctica de la prueba pericial echada de menos en cumplimiento del imperativo constitucional y legal del debido proceso.

Subsidiariamente impetra el libelista que se tenga en cuenta la petición del Ministerio Público, en cuanto solicitó la rebaja por confesión hecha por el procesado en su primera diligencia judicial y que al tenor del nuevo C. de P. P., art. 299, "es más favorable y extensiva por cuanto sólo exige confesar el hecho para obtención del beneficio impetrado".

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace los siguientes planteamientos:

Aunque acepta que los testimonios referidos por el actor expresan las manifestaciones que se extraen y presentan en la demanda, considera que no por ello ha de colegirse que justamente para el momento de los hechos el inculpado, por ese supuesto estado de embriaguez, haya disminuido o perdido su capacidad intelectiva y volitiva que lo hubiera colocado en el plano de la inimputabilidad.

Para el efecto, analiza detalladamente la indagatoria, relievando las claves y precisas preguntas del instructor sobre el particular, para concluir que de su contexto se extrae que es el procesado el encargado de cerrar cualquier intento investigativo por establecer esa eventualidad.

En criterio de la Delegada, con los antecedentes probatorios, claro resulta que en este estadio procesal a nada conduciría la remisión del procesado al Instituto de Medicina Legal a fin de que se le practicara el examen psiquiátrico, a no ser para reafirmar su condición de imputable.

Agrega que los testimonios de Susana González de Lozano y Oscar Lozano González desvirtúan la posibilidad de que Mora González haya estado imposibilitado de comprender y conocer la ilicitud de su comportamiento o de autodeterminarse, de acuerdo con esa comprensión, como lo pretende hacer notar el impugnante.

De otra parte, recuerda jurisprudencia de la Corte: "impensable es concluir que todo hecho realizado por persona embriagada o que simplemente haya ingerido licor deviene en situación de inimputabilidad".

Esto, en el evento de dar por sentado que Mora González ingirió alguna bebida embriagante mientras permaneció en la casa de su tía Susana González de Lozano.

En criterio del Procurador, está descartada la necesidad en el proceso de la prueba pericial respecto al estado mental del procesado, y por ende deviene infundada la argumentación que propugna por la declaración de nulidad.

Respecto del pedimento subsidiario, señala la Delegada que aparte de que se hace por vía equivocada, nulidad y no por la causal primera como debería serlo, ningún aporte argumentativo ofrece el actor para que se reconozca a su defendido la diminuente por confesión. Como lo tiene dicho la Corte, cargo sin sustentar es cargo que no amerita respuesta. Sin embargo, considera necesario enfatizar que el pedimento es improcedente, pues el procesado -hasta el último momento- ha sostenido una inverosímil versión acerca de la situación fáctica que lo obligó a accionar el revólver, por supuesto no creída por juzgadores, impetrando se le reconozca la exculpante de la defensa justa.

Finalmente señala que el Tribunal se equivocó al modificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, fijándola en diez años, seis meses, cuando lo jurídico, acorde con lo normado en el artículo 44 del C. P., la duración máxima sólo puede ser "hasta diez años".

Por lo expuesto, el Procurador sugiere a la Corte que, en guarda de las garantías fundamentales, case oficiosa y parcialmente el fallo y en su lugar fije el término que en derecho corresponde descontar al inculpado por razón de la pena accesoria en mención, así como desechar la censura propuesta por el demandante.

V. Consideraciones de la Corte

1. *De la nulidad.* El demandante presenta como motivo central de nulidad del proceso la omisión por parte del instructor de ordenar la práctica de un dictamen pericial psiquiátrico-forense a fin de verificar "la existencia o ausencia de imputabilidad penal en el procesado", prueba que en sentir del actor era imperativo practicar ante las manifestaciones de algunos testigos en el sentido de que el sindicado para el momento en que accionaba el revólver parecía "embriagado .. borracho... trastornado", pues hablaba solo, gritaba, sacaba el revólver y amenazaba.

Es verdad que el funcionario debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una obligación puramente mecánica que lo obligue a practicar pruebas sobre la sanidad mental del acriminado cuando no se han constatado hechos que en principio permitieran cuestionarla. El deber de decretar un dictamen pericial psiquiátrico-forense surge cuando sea necesario para los fines del proceso, y como es obvio, en cuanto sea conducente para dilucidar la duda que pueda surgir respecto a la sanidad mental del procesado.

En el caso que nos ocupa, no se puede desconocer que el juez instructor actuó con lógica, pues ante las manifestaciones de uno de los testigos que coincide con lo que de ella extrajo el libelista, procuró verificar el presunto estado de embriaguez del acusado, así como su lucidez para el momento de los hechos, como se desprende de las claves y precisas preguntas que sobre el particular formuló el funcionario, no sólo al indagado, sino también a los familiares que éste citó, para decir que estuvieron con él la tarde de los hechos.

La Sala comparte íntegramente, por estar acorde con la realidad procesal, el análisis que hace el señor Procurador de la indagatoria y de la prueba testimonial antes referida, en los siguientes términos:

"Del contexto de la indagatoria..., se extrae que es el procesado el encargado de cerrar cualquier intento investigativo por establecer esa eventualidad. Veamos:

"a) Negó enfáticamente la ingestión de bebidas embriagantes durante su permanencia en la casa de sus familiares y aun después de salir de allí en la noche. El almuerzo, señaló, fue acompañado con 'refajo -cerveza y gaseosa-', nada más, al cabo del cual la actividad familiar se centró en la televisión;

"b) Atribuyó el haberse quedado dormido en el bus que lo transportaba a su residencia, no porque hubiera estado borracho sino debido a que el día anterior llegó un poco tarde a la casa; es decir, estaba trasnochado;

"c) Sin dubitación respondió que una vez despierto en el paradero de buses se sintió bien ubicado en tiempo y espacio, vale decir, orientado pues 'estaba más o menos a un promedio de unas 10 a 12 cuadras, fue cuando me bajé y me dirigí para la casa... la calle donde me bajé es normal y en la angóstica un poquito oscuro';

"d) Y el instructor, interesado por comenzar a dilucidar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, habida cuenta que una testigo manifestara que el agresor 'estaba como borracho... hablando solo, sacaba el revólver y nos amenazaba', remató el interrogatorio inquiriendo a Mora González acerca de 'cómo era su estado de lucidez en el momento que llegó al paradero de buses de la Gaitana', ante lo cual respondió: 'pues en un estado normal, estaba normal'. (fl. 27)".

"...allegadas las declaraciones de Susana González de Lozano y Oscar Lozano González...sus dicciones no acompañan el pensamiento del libelista: Negaron el consumo de bebidas embriagantes. Tan sólo, como lo manifestara el indagado, se repartió 'refajo' después del almuerzo; más tarde, al decir de doña Susana González, tinto y nada más; centrándose la actividad de la tarde y hasta el anochecer en disfrutar algunas películas de helamax según lo expuesto por Oscar González, quien además, ante un certero y preciso

interrogante del funcionario instructor, el mismo que indagara al procesado, respecto a cuál era el estado de lucidez de éste al momento de salir de la casa, a qué horas y con quién lo hizo, respondió: 'pues normal, en sano juicio y salió más o menos a eso de las siete y media de la noche, él salió solo'.

"...Los dos testimonios precedentes desvirtúan por completo la posibilidad de que Mora González haya estado imposibilitado de conocer y comprender la ilicitud de su comportamiento o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, dado al alto grado de intoxicación por consumo de bebidas embriagantes, como lo intenta hacer notar el impugnante".

Los elementos probatorios con que contaba el investigador le permitían descartar la necesidad de la práctica de examen psiquiátrico,que, según los hechos establecidos en el proceso, a nada conduciría.

Los argumentos del impugnante carecen de fundamento, dado que la condición de imputabilidad del procesado no está establecida en autos únicamente con el dicho del procesado, sino también con las versiones de los testigos que lo corroboran, y al no surgir ninguna duda al respecto no tenía sentido profundizar sobre ello con la prueba que sugiere el libelista.

No sobra observar que durante el proceso no se pidió la prueba que ahora se extraña en la demanda.

2. Probablemente por no encontrar una irregularidad procesal que de manera concreta le permitiera al censor sustentar el reproche formulado, termina pidiendo a la Sala que subsidiariamente se reconozca en favor de su defendido la diminuente por confesión, pedimento que ameritaría necesariamente la posibilidad de enmienda por parte de la Corte en la sentencia de reemplazo, siempre y cuando se haya formulado y sustentado la censura en un cargo diferente del de nulidad, al amparo de la causal primera de casación.

Pero aún en la hipótesis de que el cargo hubiera sido formulado en debida forma, es indiscutible que tampoco hubiera tenido posibilidad de prosperar, pues el pedimento resulta improcedente, como lo enfatiza el Ministerio Público, toda vez que el procesado si bien es cierto que reconoció ser el autor del hecho punible, también lo es que durante todo el curso del proceso ha venido sosteniendo que actuó en legítima defensa, causal de justificación que le fue negada por los juzgadores de instancia con una amplia motivación, y no fue su aceptación la prueba única o definitiva de la autoría.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para desechar el cargo propuesto por el demandante.

3. Petición del Ministerio Público.

Observando la sentencia del Tribunal que modificó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia en cuanto a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, se advierte que para ajustar a la legalidad la pena accesoria referida, aplicó el artículo 52 del Código Penal, sin tener en cuenta el artículo 44 *ibidem* que establece un máximo de diez años.

De lo anterior se concluye que el sentenciador de segundo grado se excedió al fijar la pena accesoria en diez (10) años y seis (6) meses (término de la pena principal), y ese error que advierte el señor Procurador constituye una violación al principio de legalidad

de la pena, garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, lo que permite a la Sala, en ejercicio de la facultad que le atribuyen los artículos 228 y 229 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, oficiosamente casar parcialmente la sentencia para en su lugar declarar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas para el procesado será por un término de diez (10) años.

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:

Primero. Casar parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto el término fijado para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas excede el máximo previsto en la ley.

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

Tercero. En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PERJUICIOS / CULPA / *REFORMATIO IN PEJUS*

Cuando una determinada irregularidad tiene cabida dentro de una de las causales de casación específicamente señaladas, la impugnación se debe realizar dentro del marco de ella. / Los perjuicios no constituyen pena, sino que son consecuencias civiles del delito, que generan responsabilidad civil contractual, en la que el delito se convierte en fuente de obligaciones, y por ser una cuestión eminentemente civil del proceso penal, no regulada por este ordenamiento, se debe proceder de conformidad con lo establecido en el estatuto procesal civil. Al atacar en el trámite de segunda instancia la condenación en perjuicios que se había hecho en primera, la parte civil adhirió a la apelación, eventualidad que al tenor de la parte final del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil facultó al superior para resolver sin limitación alguna, que al haber adherido a la apelación el representante de la parte civil el superior no tenía limitaciones de ninguna naturaleza en relación con este punto. / No se concibe que una misma actitud pueda ser al mismo tiempo negligente e imprudente, porque mientras la primera modalidad culposa se caracteriza por la imprevisión, el segundo fenómeno psicológico se distingue por la existencia de la previsión y por la confianza del autor en poder superar cualquier eventualidad que pueda sobrevenir de la imprudencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8087. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 103. (Nov. 9 de 1993).

Santafé de Bogotá, D.C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 20 de abril de 1992 el Juzgado Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó a Lucía Higuera Becerra a la pena principal de dos años de prisión y en mil pesos de multa, como autora del delito de homicidio en accidente de tránsito. La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 8 de julio del mismo año.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente esta Corporación admitió la demanda respectiva por haberla encontrado ajustada a los requisitos de ley.

El Ministerio Público rindió concepto a través del Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E), quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

Hechos

En las horas de la tarde del 20 de julio de 1990, la señora Lucía Higuera Becerra conducía el vehículo Monza identificado con las placas DUA 110, por la carretera que de Duitama lleva a Belencito, y a la altura del sitio conocido como Chameza, en jurisdicción del municipio de Nobsa, atropelló a la menor Laura Milena Cirarados Rodríguez de nueve años de edad, quien falleció dos días después.

Actuación Procesal

El proceso penal se abrió por auto del 26 de julio de 1990. La señora Higuera Becerra fue indagada el 21 de agosto del mismo año, y su situación jurídica la resolvió el Juzgado 18 de Instrucción Criminal en proveído del 15 de noviembre, absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en su contra.

Con fecha del 6 de agosto de 1991 se dictó resolución de acusación por el delito de homicidio culposo.

La diligencia de audiencia pública se llevó a cabo el 7 de abril de 1992 y las sentencias de primera y segunda instancias se dictaron, en su orden, el 20 de abril y el 8 de julio del mismo año.

Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal segunda de casación el recurrente acusa la sentencia por considerar que no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

En desarrollo del cargo el demandante sostiene que la acusación contra su mandante se concretó en el hecho de haber actuado culposamente, por comportamiento imprudente, al haber conducido a velocidad superior a la permitida y por el costado que no le correspondía.

Luego afirma que las posibilidades de actuar en forma culposa por negligencia, imprudencia, por inepritud o violando reglamentos, son verdaderamente infinitas y por tanto ello debe concretarse: "...y si así no se procediera en la acusación, se haría imposible ejercer el derecho de defensa, toda vez que no se puede defender de lo absoluto, de lo genérico, de lo indeterminado, de lo difuso, de lo ambiguo, de lo etéreo, de lo teórico, etc., es por lo que en la resolución de acusación se concretaron, y así debe serlo, las formas, hechos y conductas que generaron la imprudencia y la violación de reglamentos y que a su vez constituyeron la culpabilidad culposa incriminada a la procesada, en las circunstancias anotadas anteriormente.

"Como la sentencia debe guardar armonía absolutamente lógica con la acusación y la defensa para que realmente exista en esa trilogía de la justicia penal, debe referirse a una acusación concreta, es por ello que aquélla debe exclusivamente hacer referencia y resolver sobre los cargos formulados en la acusación y que la defensa tuvo oportunidad de contiontar, pues sería absurdo fallar sobre cargos que no fueron hechos y de los cuales no se presentó en consecuencia contradicción defensiva alguna".

En el desarrollo de su pretensión sostiene que en tales circunstancias la acusación debe precisar todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que especifiquen y cualifiquen el hecho, porque si no se hace así no se puede defender del delito que se le imputa.

El actor aduce que al haberse concretado la acusación contra la procesada por una conducta culposa, por haber actuado de manera imprudente al marchar a exceso de velocidad y por el carril que no le correspondía, la defensa se había concretado a realizar la defensa sobre tales tópicos, pero que en el momento de dictar sentencia los juzgadores habían modificado las consideraciones de la acusación, siendo así que el Tribunal se refirió a un comportamiento negligente e imprudente, ello conduce al libelista a concluir que "la condena se basó en una imprudencia y en una negligencia que no fueron ni el exceso de velocidad, ni la violación de reglamentos, ni la invasión de carril alguno. Violó así la sentencia condenatoria la armonía lógica que debía mantener con la acusación y con la defensa, pues condenó por algo de lo que no se acusó ni de lo que se defendió".

Considera que si la sentencia se hubiera limitado a atender la acusación y la actividad de la defensa, la sentencia hubiera sido absolutoria.

Por las razones anteriores solicita se case la sentencia y se dicte el fallo absolutorio de sustitución.

El demandante plantea una segunda censura por la presunta existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa, basada en que los cargos fueron formulados por la conducta culposa de imprudencia, por viajar a excesiva velocidad y por violación de los reglamentos, por utilizar el carril que no le correspondía y que en tales circunstancias el esfuerzo de la defensa se había dirigido a desvirtuarlos, pero que la sentencia condenatoria se había fundamentado en cargos distintos, toda vez que dedujo negligencia, la cual no había sido mencionada en el pliego de cargos, habiéndose conculcado el derecho a la defensa, por lo que considera que la nulidad debe ser decretada a partir de la sentencia de primera instancia.

El impugnante acusa la existencia de otra nulidad, por incompetencia de la corporación de segunda instancia para agravar la suma de los perjuicios señalada por el funcionario del conocimiento, por cuanto la parte civil no apeló la sentencia de primera instancia.

Para sustentar este reproche el recurrente predica la aplicabilidad del principio de integración con las normas de procedimiento civil y por tanto la de la previsión del artículo 357 de ese texto legal en cuanto dispone que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable, no pudiendo el superior modificar la providencia en la parte que no fue recurrida.

En consecuencia, el libelista pide se anule lo concerniente a la agravación de los perjuicios morales incrementados de 200 a 500 gramos oro.

Alegato de los no Recurrentes

El apoderado de la parte civil se opuso a las pretensiones de la defensa por estimar que por el hecho de haberse considerado algunas de las modalidades de la culpa, no por ello quedaban excluidas las otras, porque en definitiva los cargos lo fueron por el fenómeno culposo.

Tampoco comparte la pretensión sobre la vulneración del derecho a la defensa, porque nunca se le limitó el derecho de hacer cuantas alegaciones quisiera para demostrar la inocencia de su representada.

Discrepa de la nulidad por incompetencia porque considera que el Tribunal no aumentó la suma de los perjuicios por propia iniciativa, sino por petición que en tal sentido le formulara la parte civil.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Para solicitar no se case la sentencia impugnada, el Ministerio Público inicia su estudio refiriéndose a las causales de nulidad propuestas y concretamente a la relacionada con la violación del derecho a la defensa, por haberse considerado en la sentencia que la procesada actuó negligentemente y en tales condiciones no haberse podido defender de este cargo que no le había sido formulado en la acusación, donde se le dedujo imprudencia y violación de reglamentos.

Critica al censor que no haya determinado la norma procesal desconocida por el fallador de segunda instancia, ni el perjuicio que tal irregularidad le representó a la procesada y que ante la imposibilidad de poder cumplir con las exigencias de la técnica casacional se refugia en argumentaciones propias de los cargos antilbelógicos o de imputación deficiente y por ello concluye que el cargo no debe prosperar. También argumenta que se trata de un cargo que debe ser propuesto al amparo de otra causal y concretamente el de la discordancia entre los cargos del enjuiciatorio y los deducidos en la sentencia.

En relación con la incompetencia de la corporación de segunda instancia, por no haber sido apelado el fallo de primera por el representante de la parte civil, acepta que si bien es cierto que el único apelante fue la defensa, la parte civil adhirió al recurso cuando aprovechó la tramitación de la segunda instancia para solicitar un incremento de los perjuicios y considera que "en tales condiciones el *ad quem* no tenía ninguna limitante para revisar el fallo recurrido, y por consiguiente habría obrado con plena competencia, desvaneciéndose entonces la censura".

El Delegado aduce que la remisión a la normatividad procesal civil no opera en esta específica situación "...por cuanto nuestro ordenamiento procesal penal, cuya aplicación deviene de preferencia, no previó tal supuesto fáctico como limitante para el *ad quem* en el entendido, como así lo han acordado la doctrina y la jurisprudencia, de que dentro de las llamadas 'Consecuencias jurídicas del delito' quedan ubicadas 'las penas priva-

tivas de la libertad, penas privativas de derechos, penas pecuniarias y consecuencias civiles derivadas del hecho punible", estableciéndose nítidas diferencias de éstas con la pena que es el instituto que regula el artículo 17 del C. de P. Penal en claro desarrollo del artículo 31 de la Carta Política, al cual es ajena la situación (incremento del monto de las consecuencias civiles derivadas de la ilicitud) en que el casacionista pretende montar el cargo de nulidad.

"Significa lo anterior -prosigue el funcionario conceptuante- que cuando son las consecuencias civiles derivadas del hecho punible el motivo de la apelación, el juez de segunda instancia tiene plena libertad para modificar su cuantía, dado que este *factum* no se corresponde con ninguno de los supuestos jurídicos del artículo 17 del C. de P. P. que desarrolla el texto constitucional atrás aludido, y por contera no hay necesidad de ir a buscar en otros estadios la norma que contemple el evento que en nuestro Código de Procedimiento Penal está permitido. Véase, si no, lo que la Corte en un caso parecido, reiterando el tema de la casación del 10 de marzo de 1992 resolvió". Y a continuación cita jurisprudencia de esta Corporación del 7 de octubre de 1992 en cuanto se dice que los perjuicios no constituyen pena.

Concluye solicitando se rechace el cargo.

Por lo que respecta al cargo de falta de consonancia entre los cargos de la resolución de acusación y la sentencia, el Procurador comienza aceptando que en la primera providencia se fundamentó la conducta culposa en un actuar imprudente (excesiva velocidad) y violación de reglamentos (haber conducido por el carril que no le correspondía) y que igualmente el sentenciador en el momento de deducir el juicio de responsabilidad lo hizo reflexionando sobre la negligencia por falta de atención en la conducción y en la imprudencia, pero por actuar sin las debidas precauciones.

Discurre sobre tal censura, como sigue: "El cambio de tales fundamentos en lo circunstancial no fue obra de la gratuidad ni del obrar caprichoso del sentenciador. En el escenario del juzgamiento se debatieron todas estas circunstancias -las tenidas en cuenta para el enjuiciatorio como para el fundamento de la sentencia-, como bien se resaltó en el acápite de la actuación procesal, siendo las nuevas especies de la culpa producto de la revaloración de los distintos medios probatorios existentes en el plenario a consecuencia del contradictorio que se ejerció a plenitud en el acto público.

"En síntesis, el eje central de la imputación jurídica no varió; es decir, que el juicio de reproche siguió girando alrededor de la misma forma de culpabilidad que había sido deducida en la resolución de acusación: la culpa. Las modificaciones fueron alrededor de las modalidades de la culpa y sus especificaciones".

Concluye solicitando que el cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Sala

Respetando la tradicional e inmodificada jurisprudencia de la Corporación se estudiarán en primer lugar los cargos de nulidad, porque de prosperar alguno de ellos se haría innecesario considerar los restantes.

El impugnante denuncia la incursión en una causal de nulidad por haberse vulnerado el derecho a la defensa, en razón de que en la resolución de acusación se dedujo contra la procesada un comportamiento culposo por imprudencia y violación de reglamentos, pero en el momento de dictarse sentencia de condena se le imputó responsabilidad por un comportamiento culposo originado en negligencia e imprudencia, por falta de atención, la una, y por no actuar con las debidas precauciones, la otra.

En realidad, la resolución de acusación partió de la imprudencia por la conducción a excesiva velocidad y del incumplimiento de reglamentos por transitar por el carril que no correspondía. Es igualmente cierto que tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se descartó el exceso de velocidad como causa del accidente y que el fundamento del fallo es la negligencia, en cuanto afirma:

"Es indudable que a la imprudencia de la víctima debe agregarse también la incuria de la acusada en la conducción. No puede, en consecuencia, aceptarse la teoría de la defensa para absolver a la acusada por haber actuado dentro de una causal de inculpabilidad, fuerza mayor, puesto que en concepto del Despacho si la acusada hubiera observado el cuidado necesario en el manejo de su automóvil, aún mediando la actitud imprudente de la occisa, el accidente se hubiera podido evitar".

Igualmente, en el fallo de segunda instancia se descartó que el vehículo hubiera sido conducido a exceso de velocidad y se reflexionó de la siguiente manera:

"La forma como se produjo la colisión entre el vehículo y la menor nos permite colegir que la Higuera Becerra no estaba pendiente, en su totalidad, de lo que podía ocurrir en la carretera, ese descuido en el propio comportamiento originó el resultado acá conocido, desde luego no querido por la procesada. La negligencia implica falta en el proceso atentativo por falta de adecuada coordinación entre el estímulo y la reacción; es, pues, una forma de desatención, de inercia psíquica. En otros términos, Lucía Higuera desplegó comportamiento negligente cuando conducía su automóvil y atropelló a la menor Laura Milena.

"Pero, es más, la sentenciada actuó sin aquella cautela que según la experiencia común y corriente se debe emplear en la realización de ciertos actos, para el concreto caso la conducción de vehículo; es decir, su actitud fue imprudente, ocasionada ésta por falla psicológica, concretamente de la esfera intelectiva, y ello provocó en la implicada el obrar sin las precauciones debidas en el evento que aquí se conoce, es, entonces, imprudente quien conduce vehículo sin la debida cautela".

En la diligencia de audiencia pública el defensor encaminó su labor a desvirtuar la existencia del exceso de velocidad como causa del accidente y que éste en realidad ocurrió a consecuencia de la imprudencia de la menor que murió.

Pese al reconocimiento anterior, es preciso recordar cómo esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que cuando una determinada irregularidad tiene cabida dentro de una de las causales de casación específicamente señaladas, la impugnación se debe realizar dentro del marco de ella. Es así como se ha sostenido: "Por manera que para su prosperidad se requiere un adecuado planteamiento de la impugnación, sin que pueda invocarse con apoyo en una causal situación que corresponde a otra, lo cual conduciría a desvirtuar dicho medio de impugnación en su naturaleza y finalidad" (C. S. J. Sent. Cas. 20 abril de 1988).

De manera similar, en jurisprudencia de la cual fue ponente del doctor Gómez Velásquez, se dijo:

"La doctrina tiene por cuestión dilucidada el que cuando un motivo genérico de nulidad (art. 580-4 C. de P. P.), está expresamente señalado dentro de las causales de casación, como ocurre específicamente con los apartes 2 y 3 del citado artículo 580, debe acudirse, en la acusación, a estos factores y no a aquéllos. Esto porque el art. 582 *ibidem*, de prosperar la demanda, desarrolla en forma distinta las consecuencias de los diversos motivos de casación que recoge la legislación en el mencionado dispositivo legal.

"Evidentemente que condenar por un cargo no formulado implica un ataque al debido proceso en su forma más grave de desconocimiento del derecho de defensa (art. 26 C. N.), y, a su vez, puede incidir en la nulidad señalada en el art. 210 5 del C. de P. P. Pero el art. 580-2 particulariza el punto que el casacionista cuestiona ahora, al determinar como motivo para invocar este extraordinario recurso, el que 'la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder'" (C. S. J. Sent. de julio 30 de 1986).

En las condiciones precedentes, existiendo una causal específica de casación para alegar una discordancia entre la acusación y la sentencia, sólo dentro de ese marco puede realizarse el ataque.

En las anteriores circunstancias no prospera el cargo.

El casacionista plantea un segundo motivo de nulidad, originado en el hecho de que la sentencia de primer grado sólo fue apelada por la defensa mas no por la parte civil, por lo que el Tribunal carecía de competencia para incrementar el monto de los perjuicios, por cuanto éste no era tema del recurso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por el principio de integración.

En este punto la Sala reafirma el criterio de que los perjuicios no constituyen pena, sino que son consecuencias civiles del delito, que generan responsabilidad civil extracontractual, en la que el delito se convierte en fuente de obligaciones, y por ser una cuestión eminentemente civil del proceso penal, no regulada por este ordenamiento, se debe proceder de conformidad con lo establecido en el estatuto procesal civil. En este sentido la Sala dijo con ponencia, de quien aquí ejerce la misma función, lo siguiente:

"También discrepa la Sala de las pretensiones de los recurrentes en cuanto al aumento de la cuantía de los perjuicios, efectuado en segunda instancia, porque como ya se había anticipado con las citas jurisprudenciales, esta Corporación ha considerado y sigue considerando que ellos no hacen parte de la pena sino que se trata de simples consecuencias civiles del delito y que por tanto no se encuentran dentro de la prohibición constitucional que en relación con ellos se pretende violada.

"Puédese recordar que el delito es fuente de obligaciones y así expresamente lo contempla el C. C. en su artículo 2341 al establecer: 'El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido'.

"De tal manera que por expreso ordenamiento legal queda perfectamente claro que los perjuicios ocasionados con una infracción legal no son más que simples consecuen-

cias civiles de la conducta realizada por el ser humano y que doctrinalmente los civilistas han denominado como responsabilidad civil extracontractual.

"Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios ocasionados con el delito, que su resarcimiento puede pretenderse alternativamente por la vía civil o mediante el ejercicio paralelo de la acción civil dentro del proceso penal; ejercicio que es facultativo para la persona perjudicada patrimonialmente con la delincuencia, porque de su voluntad dependerá instaurarla o no; aunque es preciso reconocerlo, esta última parte ha sido modificada parcialmente por cuanto a partir del Código Procesal de 1987 se consagró la norma rectora del restablecimiento del derecho que se conserva en la actual normatividad procesal y que tiene una amplia reglamentación a lo largo y ancho de la codificación, que impone al juez, entre otras imperativas obligaciones, la de condenar en concreto en aquellos casos donde se hubieren producido perjuicios.

"Es obvio que tales reformas legislativas no modifican los perjuicios en su naturaleza estrictamente civil; cualidad que los hace renunciables, desistibles, transigibles, y transmisibles, dentro de las características propias de cualquier otra obligación civil de carácter contractual o extracontractual.

"En tales circunstancias mal puede pensarse que los perjuicios patrimoniales surgidos como consecuencia de una acción u omisión delictivas pudieran ser considerados como pena, pues su naturaleza los hace completamente diferentes.

"Es así como la pena surge como consecuencia de haberse vulnerado o puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado; mientras que los perjuicios surgen como una consecuencia del delito por haberse ocasionado otro daño que regularmente surge de la vulneración del bien jurídicamente tutelado; así, en el caso del homicidio, el bien jurídico tutelado es la vida, mientras que el otro daño de carácter patrimonial que se produce con la supresión de la vida surge de los perjuicios económicos que sufren los familiares o allegados a nivel de daño emergente y lucro cesante, tales como los gastos hospitalarios, mortuorios y de todo género que se ocasionan como consecuencia de las lesiones mortíferas ocasionadas a la víctima y los ingresos que hacia el futuro se van a dejar de percibir de la fuente de producción económica que era el sujeto pasivo del delito de homicidio.

"Al precisar tales conceptos se advierte con claridad que una es la vulneración del bien jurídico tutelado, hecho de que surge como consecuencia la sanción penal; y otro el perjuicio sobreviniente al desconocimiento del bien jurídico tutelado, éste ya de carácter patrimonial y por ello de naturaleza eminentemente civil.

"Dentro de esta necesaria diferenciación entre pena y perjuicio, débese recordar igualmente que mientras la primera ha sido creada por una ley penal, el segundo tiene su origen y reglamentación en una ley civil.

"Igualmente se debe destacar que el ejercicio de la acción penal es generalmente de carácter oficioso, excepcionalmente por iniciativa privada, y aún en estos casos, una vez se cumple el requisito de procedibilidad de la querella, el impulso posterior del proceso es fundamentalmente oficioso, en tanto que el ejercicio de la acción civil es facultativo y por ello renunciable, transigible, desistible y transmisible, con las características propias de las acciones que surgen de las obligaciones civiles.

"Por la diversa naturaleza de los dos conceptos, la pena es de orden público y por ello de imperativa imposición; mientras que la condenación en perjuicios sigue siendo transigible, desistible y renunciable, a pesar de haber sido establecida como una obligación para los jueces penales en aquellos casos en que se hubiere demostrado la existencia de aquellos.

"La pena es personalísima y por ello no puede proyectarse sobre los parientes del condenado, ni sobre ninguna otra persona, al contrario de lo que sucede con los perjuicios que por ser eminentemente civiles son transmisibles, porque hacen parte del universo patrimonial y por tanto se proyectan sobre los herederos del condenado, como una parte muy importante del pasivo del patrimonio que recibe sucesoralmente.

"A pesar de haberse admitido por diversas motivaciones y justificaciones que el ejercicio de la acción civil puede adelantarse paralelamente a la penal -básicamente por economía procesal y para evitar fallos contradictorios- la ley, la jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en precisar que por ese hecho la acción civil no pierde sus características y que por tanto sigue siendo fundamentalmente la vía para la obtención de una pretensión esencialmente privada; que su ejercicio en el proceso penal, en los aspectos no expresamente regulados en la ley, deberá regirse por la normatividad procesal civil. Por ello, en su reglamentación, el código procesal penal hace frecuentes remisiones al código procesal o al Código Civil, tal como ocurre en los artículos 41, 43, 44, 46, 52, 54, 55, 57, 58, 62, 153, 221.

"En estos términos se ha venido reconociendo que, pese a su ejercicio paralelo con la penal, siga conservando su estructura privada y por tanto sus características.

"Igualmente la jurisprudencia y la doctrina de manera casi que uniforme han venido precisando la competencia de la parte civil dentro del proceso penal y han determinado que su actuación es limitada y restringida única y exclusivamente a su pretensión resarcitoria; por ello se ha definido que escapa a su competencia la interposición de recursos destinados por ejemplo a evitar que se conceda una libertad ya otorgada, o a obtener la agravación de la pena, cuando se ha tasado de una manera disminuida, siempre que no se afecten sus pretensiones resarcitorias, por ausencia de interés legítimo para ello.

"Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios que como bien se sabe la primera surge de la realización de una conducta activa o omisiva que ocasiona perjuicios al patrimonio de otra persona; y es indiferente para el surgimiento de la responsabilidad civil extracontractual que dicha conducta sea delictiva o no; por ello, cuando se consagran los efectos de la cosa juzgada penal, el artículo 57 del C. de P. P. dispone que cuando el cese de procedimiento o la sentencia absolutoria hubieren tenido como causa que el hecho originario del perjuicio no se realizó, o que el sindicado no lo cometió, o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, " la acción civil podrá intentarse en proceso separado al igual que la responsabilidad del tercero civilmente responsable".

"Lo anterior indica que en estos casos a pesar de producirse decisión absolutoria de carácter penal, no por ello el autor de la conducta queda relevado de su responsabilidad extracontractual; porque en definitiva debemos entender que ésta surge de la actividad del ser humano por medio de la cual se ocasiona un perjuicio al patrimonio de otra persona,

independientemente de que la conducta sea ilícita o no, porque, como se vio, con la norma citada en precedencia el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta puede pretenderse aun sin la previa existencia de la responsabilidad penal, y aun en aquellos eventos en los cuales se haya ejercido la acción civil de manera paralela. Ello es lógico, porque en las cuatro situaciones previstas en el artículo comentado hay lugar a cese del procedimiento por la inexistencia del hecho, por ausencia de autoría o por ausencia de antijuridicidad en la conducta por haberse actuado en legítima defensa o en cumplimiento de un deber; y a pesar de no tener lugar la responsabilidad penal, de todas maneras sigue subsistiendo la posibilidad del resarcimiento de perjuicios, porque a nivel de responsabilidad extracontractual no importa que haya delito, sino una conducta con la cual se hayan proferido perjuicios al patrimonio de otra persona, y de allí que sólo cuando se presenta fuerza mayor o caso fortuito -dentro de la perspectiva civil- surge la irresponsabilidad civil.

"Como un final argumento a la no identidad entre perjuicios y pena, ha de recordarse el contenido del artículo 109 del C.P., en el que se dispone que las causas extintivas de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible.

"En las condiciones precedentes se ha de concluir que fenómenos como la prescripción de la pena, o la muerte del procesado, para no citar sino algunas de las causas que extinguen la punibilidad, no comprenden las obligaciones civiles derivadas del delito, porque si, como se ha dicho, las obligaciones surgidas de la ilicitud son transmisibles, es evidente que la muerte del procesado extingue la punibilidad porque es imposible ejecutar la pena, pero ello no es obstáculo para que la obligación civil se transmita sucesoralmente a quienes heredan el patrimonio en su integridad, con los activos y los pasivos.

"Es forzoso entonces concluir que si la condenación en perjuicios, sean éstos materiales o morales, no hacen parte de la sanción penal, es perfectamente posible que en segunda instancia se puedan incrementar, sin que ello permita predicar la vulneración del principio constitucional que es motivo de este comentario. En tales condiciones el cargo relacionado con este aspecto deberá ser rechazado". (Sent. junio 25 de 1993, M.P.- Dr. Saavedra Rojas).

De conformidad con los anteriores presupuestos, la Sala advierte que éste es uno de los casos en donde debe operar el principio de integración, cuya aplicación es viable cuando se presentan vacíos en la normatividad penal que deban ser llenados con el ordenamiento civil, en cuanto no se oponga al espíritu del proceso penal.

Por otra parte, ya quedó dilucidado que los perjuicios no son pena; por tanto, al incrementarlos no se estaría vulnerando el contenido del artículo 31 de la C. N. en cuanto consagra el principio de la *reformatio in pejus*. Pero, además, por ser un aspecto esencialmente civil, pues se trata de la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito, se debe regir por la normatividad procesal civil, resultando como realidad que en este específico caso evidentemente era aplicable el contenido del artículo 357 de ese texto legal.

Ha considerado el Procurador Tercero Delegado (E) que pese a no haber apelado la decisión de primera instancia, el representante de la parte civil adhirió a ella, por cuanto en la tramitación de la segunda instancia alegó y solicitó un incremento de la condena en perjuicios.

Entiende esta Corporación, atendiendo las enseñanzas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua que adherir significa: "Utilizar, quien no lo había interpuesto, el recurso entablado por la parte contraria". Luego, al atacar en el trámite de segunda instancia la condenación en perjuicios que se había hecho en primera, la parte civil adhirió a la apelación, eventualidad que al tenor de la parte final del tantas veces citado artículo 357 -que el casacionista tuvo buen cuidado de no transcribir- facultó al superior para resolver sin limitación alguna, que fue exactamente lo que aquí sucedió, que al haber adherido a la apelación el representante de la parte civil, el superior no tenía limitaciones de ninguna naturaleza en relación con este punto.

En las condiciones precedentes y compartiendo el pensamiento del Procurador Delegado se rechazará el cargo propuesto.

El recurrente propone otro cargo al amparo de la causal segunda, esto es, por la discordancia entre las imputaciones formuladas en la resolución de acusación y las finalmente aceptadas para efectos de dictar sentencia condenatoria.

Tal como se dejó constancia en precedencia, es una realidad que los cargos formulados inicialmente fueron por imprudencia (exceso de velocidad) y violación de reglamentos (no viajar por el carril de la derecha, que es el que le corresponde de conformidad con los lineamentos trazados en las leyes de tránsito), pero en el momento de la sentencia (en segunda instancia, no en primera) se descartó el exceso de velocidad contra el cual se habían dirigido las argumentaciones de la defensa en la audiencia pública, y se concluyó en la aceptación de una negligencia compartida con la imprudencia de la víctima.

Es preciso destacar que la decisión de segunda instancia es bastante nebulosa en este aspecto, porque se observa la ausencia de conceptos claros respecto de las diversas modalidades de la culpa. Ello fácilmente se puede percibir en los siguientes apartes:

"El proceder del sujeto activo de la infracción lesionó, sin causa jurídicamente atendible, interés legalmente protegido, como lo es en el presente caso la vida, como que con su conducta culposa (negligente e imprudente) ocasionó la muerte de la menor Laura Milena Granados.

"...su actitud fue imprudente, ocasionada ésta por falla psicológica, concretamente de la esfera intelectiva y ello provocó en la implicada el obrar sin las precauciones debidas en el evento que aquí se conoce; es, entonces, imprudente quien conduce vehículo sin la debida cautela".

Antes había afirmado que el comportamiento de la procesada había sido negligente cuando sostuvo:

"...puede decirse sin vacilación que la procesada no vio en ningún momento a la niña, porque seguramente si la observa sencillamente habría evitado la colisión ya frenando fuertemente y...

"La forma como se produjo la colisión entre el vehículo y la menor nos permite colegir que la Higuera Becerra no estaba pendiente, en su totalidad, de lo que podía ocurrir en la carretera, ese descuido en el propio comportamiento originó el resultado...".

En realidad surgen perplejidades en relación con las afirmaciones anteriores, porque no se concibe que una misma actitud pueda ser al mismo tiempo negligente e imprudente, como se afirma en el primer párrafo transcrito; porque mientras la primera modalidad culposa se caracteriza por la imprevisión, el segundo fenómeno psicológico se distingue por la existencia de la previsión y por la confianza del autor en poder superar cualquier eventualidad que pueda sobrevenir de la imprudencia.

Y la segunda instancia prosigue con argumentaciones de esta naturaleza:

"...se concluye que la menor fue golpeada con gran violencia con la parte delantera izquierda del vehículo conducido por la señorita Lucía Higuera Becerra. *Tales pruebas nos demuestran también que la joven niña ya había sobrepasado la mitad de la calzada, luego si la sentenciada hubiese conservado su derecha el lamentable hecho no hubiera tenido ocurrencia*" (el resaltado es de la Sala)

Más adelante afirma:

"Es de precisar entonces que la conductora iba en su vehículo no propiamente por su carril derecho sino que lo hacía por el centro de la carretera y esa desatención e incuria dio lugar a que atropellara a la menor con la parte delantera izquierda del carro".

De las consideraciones precedentes se concluye que el sentenciador termina aceptando que, como lo dicen los testigos, el vehículo transitaba irreglamentariamente por el carril izquierdo, o por el centro de la calzada, cuando no había otros automotores en la vía y no se realizaban maniobras de adelantamiento. De ello se desprende que señala como causal eficiente de la muerte de la menor la violación de reglamentos por no conducir por el carril derecho como lo mandan las normas de tránsito; aunque pese a tal reconocimiento, en la parte conclusiva de las consideraciones habla de negligencia e imprudencia.

Los argumentos que contiene el último párrafo transcrito dejan traslucir que el sentenciador de segundo grado confunde entre violación de reglamentos y negligencia, efectuando una verdadera simbiosis entre las dos formas de culpa, no obstante que la resolución de acusación y la sentencia del juzgado superior aludieron a la primera de tales modalidades.

En las condiciones precedentes se ha de concluir que no se está condenando a la procesada por un cargo no formulado, sino que en un lamentable equívoco teórico sobre lo que es la culpa y sus modalidades, el sentenciador llama negligencia lo que es una verdadera violación de reglamentos, como bien había sido considerado en la resolución de acusación. Y si bien la sentencia de segunda instancia no es clara al precisar las circunstancias que dan lugar a la condena, tal confusión sólo afecta el nombre que le da, calificando la modalidad de la culpa como negligencia, cuando en realidad en sus consideraciones describe es la violación de reglamentos; cargo que igualmente había sido precisado con absoluta claridad en la primera instancia.

Así las cosas, si a la procesada se la condenó por uno de los cargos por los cuales había sido llamada a juicio, es lógico concluir que, tal como lo solicita el Procurador Delegado, no puede prosperar el cargo.

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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Si se aceptara en casación que al criterio del Juez se le pudiera oponer sin mayor fundamento otro distinto, se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8391.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 104.

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

Corresponde a la Corte decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor de Edgar Enrique Arredondo Torres, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Valledupar, de fecha diciembre 1º de 1992, mediante la cual, al confirmar en su integridad el fallo de primera instancia, condenó al procesado a la pena principal de doce (12) años, seis (6) meses de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, como responsable del delito de homicidio en la persona de su tío Libardo Arredondo.

Los Hechos

Se afirma en el proceso que el dieciocho de marzo de 1990, Libardo Arredondo departía en su casa de habitación ubicada en la población de La Paz (Cesar) en compañía de Gregorio Noriega y Oscar Zuleta, cuando aproximadamente a las seis de la tarde llegó al lugar Edgar Arredondo, sobrino del dueño de casa, quien formuló reclamos a su tío en términos no sólo irrespetuosos sino injuriosos. Lo anterior llevó a Libardo a golpear con una palmada a su sobrino Edgar, quien reaccionó desenfundando su revólver y disparándole sobre su tío ocasionándole la muerte, pese a la intervención de los presentes, quienes procuraron evitar la agresión.

Por estos hechos, Edgar Arredondo fue condenado como autor responsable de un delito de homicidio simple, en la sentencia recurrida en casación.

La Demanda de Casación

Al amparo de la causal primera, se acusa la sentencia de ser violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, según el actor, "...por indebida apreciación de las pruebas aportadas, proveniente de ostensible error de derecho, en lo atinente a la responsabilidad del procesado Edgar Arredondo Torres...".

En el desarrollo del cargo, sostiene el casacionista que el Tribunal en su sentencia al negarle el valor probatorio que corresponde a los testimonios de Aldemar Alfonso Oyola, Elvis Baquero, Juan José Daza y Luz Alma Valencia, dejó de reconocer la causal de la justificación de la legítima defensa que de dichas declaraciones se desprende.

Que en cambio, les otorgó un valor probatorio que no tienen a los testimonios inconsistentes y contradictorios de Oscar de Jesús Zuleta y Wilder Rodríguez Palacio, para, por esta equivocada estimación probatoria, desconocer la existencia de la causal de justificación.

Sostiene el casacionista que si la prueba se hubiera estimado en su verdadero valor, el juzgador ha debido aceptar que cuando Edgar Arredondo después de ser golpeado y cuando desenfundó su revólver e hizo con él un disparo a la pared, su tío Libardo "...lo cogió por el cuello con ostensible intención de estrangularlo y fue entonces cuando el procesado volvió a esgrimir su arma, con dos disparos se lo quitó de encima, produciéndole la muerte...".

Concluye afirmando, que de acuerdo con la manera como se desarrollaron los hechos, el juzgador ha debido reconocer la causal de justificación por legítima defensa de la vida. De ahí, que solicite a la Corte casar la sentencia recurrida para que sea sustituida por una de absolución.

Con fundamento en el primer análisis probatorio, pide a la Corte el actor que se reconozca subsidiariamente a favor del sentenciado, el exceso de la defensa, se haga la correspondiente graduación punitiva y se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la demanda presentada a nombre del procesado Arredondo Torres no puede prosperar.

Inicia su meritorio concepto poniendo de presente los manifiestos errores de técnica en que incurre el casacionista al fundamentar la censura en presuntos errores de derecho, penetrando de manera indebida en el aspecto probatorio, para refutar la apreciación y valoración que diera el Tribunal a la prueba testimonial y al respecto anota:

"...Si, como sucede en el presente caso, el objeto de controversia es la prueba testimonial, es evidente, lo improcedente y errado que resulta atacar el fallo por error de derecho en el ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial, cuando se cuestiona

la valoración que el fallador ha hecho de los distintos medios demostrativos testimoniales...".

Recuerda además la Procuraduría que la ley procesal no ha tarifado la apreciación probatoria, ni le ha prefijado un valor determinado a los distintos medios de convicción. Que por ello, "...en punto de tal evaluación rige el principio de la persuasión racional bajo las reglas de la sana crítica..." que le otorga al juzgador "...absoluta independencia para determinar de frente a cada caso en particular el grado de convicción que le merezca cada una de las pruebas y de todas ellas en su conjunto, lo cual supone y da por descontado que infructuoso resulta dirigir esta clase de censura por esta vía, ya que se convierte en una personalísima crítica valorativa del censor, que sucumbe inmediatamente frente a la estimación que hiciera el sentenciador en el fallo recurrido, por gozar éste de la doble presunción de acierto y legalidad...".

Concluye la Procuraduría que aun dejando de lado los desaciertos técnicos de que adolece la demanda, ésta en forma alguna puede prosperar, porque la pretendida lucha o forcejeo en que el actor pretende apoyar la legítima defensa no existió, no obstante, la retractación parcial en su versión inicial de los declarantes Zuleta y Rodríguez, retractación que fue examinada con detenimiento por el Tribunal para ser rechazada por interesada e inexacta, con sobrada razón, ya que en concepto de la Delegada estos testimonios "...no podían avalar la narración contradictoria y mendaz de quienes porfiaban en la desmentida contienda...". Por ello, sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

Asiste toda la razón al Ministerio Público en las observaciones que formula a la demanda para llegar a su desestimación.

Emerge con absoluta nitidez que el planteamiento del cargo es defectuoso, pues está basado en presuntos errores de derecho por haber otorgado el fallador a determinados testimonios un valor de convicción que no tienen, y haber negado a otros aquel que les otorga la ley.

Olvida el recurrente que en la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho (falso juicio de convicción) no es suficiente oponer al criterio del juez una forma diferente de apreciar la prueba, sino que es indispensable demostrar la exigencia de errores ostensibles y manifiestos en la estimación de los medios de convicción, porque en la apreciación del mérito probatorio de ellos el juzgador disfruta de un amplio poder de valoración analítica, limitado tan sólo por la existencia legal de que dentro de la sana crítica el fallador exprese las razones con fundamento en las cuales acoge o desecha la prueba, su valor o su credibilidad, sin que permanezca atado a una tarifa legal que no existe en el sistema penal colombiano.

Y en el caso que se analiza, el Tribunal procedió con sensatas reflexiones, después de un análisis global del caudal probatorio, al afirmar que la verdad demostrada en autos no proclamaba la existencia de ninguna causal de justificación, ni del pretendido pugilato o intento de estrangulación en los cuales el recurrente pretende afianzar la legítima defensa. La apreciación probatoria del Tribunal corresponde a aquello que lógica y

jurídicamente se desprende del examen sereno y detenido de todas las pruebas aportadas al proceso, posición que debe prevalecer, ya que, como lo ha expresado la Corte, si se aceptara en casación que al criterio del juez se le pudiera oponer sin mayor fundamento otro distinto, se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Del contenido de la demanda se observa claramente que habiendo fracasado durante las instancias la hipótesis de la legítima defensa sostenida desde la captura del sindicado, se pretende ahora en sede de casación reabrir un debate probatorio sobre la base de eventuales errores de derecho en la apreciación de la prueba testimonial obrante en autos, planteamiento mediante el cual se quiere demostrar la presencia de una causal de justificación, por haber obrado el procesado en legítima defensa de la vida, eximente de responsabilidad analizada y negada por los juzgadores de instancia con serios y contundentes argumentos que en ningún momento pudieron ser desvirtuados por la defensa, no obstante las modificaciones introducidas a sus dichos a última hora por parte de algunos de los declarantes, retractación que el juzgador no aceptó por considerarla mendaz e interesada.

Con serios y respetables argumentos llegó entonces el Tribunal con apoyo en la prueba a la conclusión de que no hubo esa agresión grave e inminente por parte del tío hacia su sobrino y que Arredondo disparó sin que existiera fundamento para que pudiera pensar razonablemente que su vida se hallaba en inminente peligro. Este soporte de la sentencia de condena es el que pretende desvirtuar el recurrente con su demanda. Pero como sus reproches se desarrollan mediante un cuestionamiento crítico de los medios de prueba y se fundan en apreciaciones personales subjetivas del censor respecto a su valor demostrativo, opuestas a las del Tribunal Superior, sólo se vislumbra un conflicto de pareceres que jamás puede configurar el error ostensible y manifiesto de derecho que se alega en la demanda. En estas condiciones, no puede prosperar la censura.

Idéntica suerte debe correr el segundo cargo que como subsidiario presenta el censor, cuando con la misma crítica probatoria pretende que se reconozca a favor del inculpado un exceso en la defensa, como circunstancia aminorante de responsabilidad y punibilidad.

Pero a más de lo dicho, de suyo suficiente para desestimar la impugnación en sus diferentes facetas, conviene resaltar que la formulación del cargo subsidiario con apoyo en los mismos fundamentos de hecho denota falta de seguridad en la posición del actor, sobre la forma misma como ocurrieron los hechos y quien, como lo destaca la Procuraduría, no logra desvirtuar en su demanda los elementos de convicción ni la apreciación que de ellos hiciera el Tribunal para deducir la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio simple.

En estas condiciones, la demanda no puede prosperar.

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

No casa la sentencia recurrida a nombre del procesado Edgar Enrique Arredondo Torres, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FISCAL / COMPETENCIA / LEGITIMACION EN CAUSA / PARTE

Es una verdad que el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal le confiere al Fiscal como parte en el proceso la facultad de recurrir a la Corte en busca de la ruptura del fallo de instancia, siempre y cuando tenga la capacidad jurídica para realizar el acto procesal. / Debe aclararse que no se debe confundir entre la titularidad del recurso y la legitimidad para ejecutar ese acto procesal, habida cuenta que la primera va adherida a la calidad de parte; la segunda corresponde a la aptitud jurídico-procesal que estatuye la ley -poder impugnativo- para propender a la revocación, anulación, sustitución, modificación de una decisión recurrible, cuando el sujeto que resulte agraviado con ella la considere injusta o anormalmente cumplida.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación número 8888.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 103 (9-11-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 10 de noviembre de 1993.

Vistos

Determina la Sala si el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 122 de la Unidad Seccional de Fiscalías Tercera de Investigaciones Previas de la ciudad de Medellín, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad por medio de la cual revocó la condena que por el delito de homicidio se impuso al procesado Hernán Alonso Palacio Mejía, cumple con los requisitos de ley.

Antecedentes

El Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal, por auto del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y dos, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Hernán Alonso Palacio Mejía como autor del delito de homicidio cometido en José Fidel Restrepo González.

El Fiscal Coordinador de la Unidad Especializada de Vida, con resolución del siete de julio de mil novecientos noventa y dos, asumió el conocimiento del proceso y ordenó proseguir con los "trámites pertinentes en orden a la ejecutoria de la providencia por medio de la cual se calificó el mérito sumarial".

El proceso pasó al Juzgado 34 Penal del Circuito, quien declaró formalmente la iniciación del juicio con auto del trece de julio de mil novecientos noventa y dos. El defensor del procesado, dentro del término legal solicitó la práctica de varios medios de prueba, los cuales fueron aceptados y decretados por el juzgado de primera instancia.

Con proveído del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos, el Juzgado 34 Penal del Circuito fijó día y hora para la celebración de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, ante solicitud de la defensa. Notificada la anterior decisión a los sujetos procesales, entre ellos el Fiscal, doctor César Augusto Rengifo, quien venía conociendo en calidad de sujeto procesal de la actuación, se celebró la audiencia especial sin acuerdo entre las partes (Fiscal - Procesado).

El Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito, con fundamento en el inciso final del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, ordenó remitir la actuación al Juzgado Treinta y Cinco de la misma especialidad, cuya primera actuación fue la de oficiar al Director Seccional de Fiscalías para que designara al Fiscal Delegado, para continuar con el trámite del juzgamiento.

Por oficio número 194 de enero 26 de 1993, se designó al doctor Jairo Gómez Gómez como Fiscal Delegado para participar en la etapa del juicio. Celebrada la audiencia pública se profirió la sentencia de primera instancia, en la cual se condenó al procesado Hernán Alonso Palacios a la pena de prisión de diez (10) años y las accesorias de rigor.

Apelado el fallo por el defensor el Tribunal de Medellín al desatar el recurso concluyó con la revocatoria de la sentencia, pronunciamiento que lleva fecha del 25 de junio de 1993. Al día siguiente, el Fiscal 122, adscrito a la Unidad Seccional Tercera de Investigaciones Previas, doctor Jairo Gómez Gómez, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la providencia del Tribunal, el cual fue concedido por la Corporación el treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Presentada la demanda, corresponde a la Corte pronunciarse en torno a ella.

Consideraciones de la Sala

El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por el Fiscal 122 de la Unidad Seccional de Fiscalías Tercera de Investigaciones Previas, ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual, a su vez, lo concedió apoyándose entre otras normas en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal.

También es una verdad que la precitada norma procesal le confiere al Fiscal, como parte en el proceso, la facultad de recurrir a la Corte en busca de la ruptura del fallo de instancia, siempre y cuando tenga la capacidad jurídica para realizar el acto procesal.

Debe aclararse que no se debe confundir entre la titularidad del recurso y la legitimidad para ejecutar ese acto procesal, habida cuenta que la primera va adherida a la calidad de parte, la segunda corresponde a la aptitud jurídico-procesal que estatuye la ley -poder impugnativo- para propender a la revocación, anulación, sustitución,

modificación de una decisión recurrible, cuando el sujeto que resulte agraviado con ella la considere injusta o anormalmente cumplida.

Esas premisas conducen, pues, a interrogar si el Fiscal 122 de la Unidad Seccional de Fiscalías Tercera de Investigaciones Previas tiene la legitimación para recurrir en casación contra la sentencia del Tribunal de Medellín. La respuesta la da en primer término el inciso segundo del artículo 118 del Código de Procedimiento Penal: "Los Fiscales Delegados están organizados en Unidades de Fiscalías a nivel local, distrital, regional y nacional...". Es claro entonces que la estructura orgánica y jerárquica de la Fiscalía General de la Nación ha señalado competencias y funciones propias a cada uno de sus integrantes, no sólo a través de la norma procesal, sino en las mismas resoluciones internas proferidas por el propio Fiscal General de la Nación.

En efecto, la Resolución 08 de 1992 de ese ente acusador reglo en el inciso primero del artículo 1º:

"Las direcciones seccionales de Fiscalía conformarán Unidades de *Fiscalías de Investigación Previa* y Permanente *encargadas de dirigir, controlar y realizar las investigaciones previas hasta expedir la resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria*". (Resaltado fuera de texto).

En consecuencia, es fácil colegir que a cada unidad de Fiscalía se le ha asignado por mandato legal una competencia de manera clara y expresa que impide que una u otras se las arroguen en detrimento del principio de legalidad y, por ende, a la seguridad jurídica.

Sin embargo, el mismo código adjetivo faculta al Fiscal General o a sus delegados para designar fiscales en casos especiales (art. 118), así como también para desplazar los superiores a los inferiores jerárquicos "cuando lo considere necesario" (arts. 123 y ss.), situación que es refrendada por el Decreto 2699 de 1991, por el cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación en sus artículos 22, 39 y 35.

Ahora bien, en el asunto bajo examen, el Director Seccional de Fiscalías de Medellín y Antioquia, solicitó, conforme al oficio visible a folio 365, al coordinador de la Unidad de Fiscalías Tercera de Vida, "asignar a uno de los fiscales delegados de esa unidad la tarea de participar en la etapa del juicio en el proceso número 6933 del Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Medellín", designando para dicha labor al doctor Jairo Gómez Gómez, la cual cumplió en la etapa para la que fue asignado, pues su nombramiento estaba circunscrito al trámite del juicio y a los recursos ordinarios de rigor propio de la instancia en que se desempeñaba, mas no para el extraordinario de casación, como en efecto lo hizo, vulnerando el principio de la doble instancia, al pretermitir a su superior jerárquico.

En otras palabras, y en síntesis, el Fiscal 122 de la Unidad Seccional de Fiscalía Tercera de Investigaciones Previas no tenía legitimidad para interponer el recurso de casación, al desplazar incorrectamente al delegado ante el Tribunal de Medellín, por lo que tal Corporación debió desecharlo, y cumplir así con las formalidades propias de cada juicio, al no haber observado lo preceptuado en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, legitimación para recurrir.

En consecuencia, la Corte decretará la nulidad del auto del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín concedió la impugnación extraordinaria; y declarará inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de la misma Corporación.

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

RESUELVE:

1. Declarar la nulidad del auto del treinta de julio de mil novecientos noventa y dos, por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín concedió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 122, adscrito a la Unidad Seccional de Fiscalía Tercera de Investigaciones Previas.

2. Declarar *inadmisible* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa Corporación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

No es aceptable que para mostrarle a la Sala la ilegalidad del fallo se presente una visión particular de los hechos, con apoyo en hipótesis personales, dejando de lado la verdad procesal, pretendiendo acomodar al capricho el suceso punible. / En sede de casación, se examina la legalidad del pronunciamiento judicial, esto es, si la realidad que se probó en el expediente es compatible con la sentencia de segunda instancia. / Dado el principio de limitación que regenta el recurso extraordinario se necesita precisión y claridad en la censura, pues es la única manera de que la Sala entienda a cabalidad el pensamiento del recurrente y pueda resolver su inquietud dentro del ámbito que él proponc. Sin embargo, en veces una omisión del actor sobre estos aspectos no conduce necesariamente al rechazo consiguiente si del texto mismo se infiere sin dificultad, bien porque el mismo libelista los particulariza dentro de sus razonamientos, ora porque la protuberancia de la censura hace manifiesta su comprensión, siendo innecesarias adicionales especificaciones ya que de su misma esencia se extrae su perfecta delimitación y las consecuencias negativas que produjo en el proceso. / Es obvio que el habérsele condenado por un cargo más de los deducidos en la resolución de acusación provoca una mayor carga punitiva y, por ende, causa un notorio perjuicio a los procesados, pues la sanción impuesta por fuerza se incrementa, amén de que les niega la oportunidad de defenderse de esta inédita acusación. La solución, en principio, no es otra que casar la sentencia parcialmente, reemplazándola por una que se atempere a los lineamientos expuestos en el pliego de cargos. Si con la exposición la Sala queda ilustrada con suficiencia y si de la falencia misma se extraen, sin lugar a dudas, sus consecuencias y, por tanto, el remedio para el entuerto, un posible escollo técnico queda por completo superado. / Si el juzgador estaba obligado a mencionar tan sólo el capítulo, es obvio que en el cuerpo de la providencia se debían mencionar todos los elementos necesarios que pudieran establecer con claridad la especie delictiva. Si jamás se mencionó la violencia como elemento de hurto, es claro que la defensa no tuvo oportunidad de controvertir la calificante que se le dedujo sorpresivamente en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8173.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 103 de noviembre 9 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre las demandas de casación interpuestas por los defensores de los procesados Diego Fernando Morante Ospina, Diego Fernando González Leyton y William Vargas Henao, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero (1º) Superior de Tuluá, mediante la cual los halló responsables de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado para los dos primeros y, además de los anteriores ilícitos, de porte ilegal de armas para el último, sancionándolos a purgar la pena principal de veinte (20) años de prisión a Morante y González y de veinte (20) años y seis (6) meses de prisión a Vargas, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, así como al pago de perjuicios materiales y morales causados por el hecho punible.

Hechos

La síntesis pertenece al Tribunal. Sus palabras reproducen con fidelidad el suceso criminoso:

"El hecho escueto y macabro que denota una mayor culpabilidad en los autores se desencadenó cuando con la intención de despojarlo del taxi, que conducía para ganarse un salario, el chofer de servicio público Luis Alberto Ruiz Ayala, uno de los pasajeros que ocupaban el asiento trasero del vehículo le disparó arma de fuego por detrás cuya bala penetró por el lado izquierdo de la nuca, con trayectoria de izquierda a derecha, saliendo por la órbita derecha, destrozando el globo ocular totalmente; para luego ir a lanzar el cadáver en el lecho de una quebrada seca, al pie de un puente cercano a las partidas en la carretera que sale de Tuluá y que se bifurca hacia Ceylán y la otra hacia La Marina (ver fl. 185 Cdno. No. 2 necropsia a fl.85 cdno. 01).

"Por pura casualidad y cuando los tres procesados ahora condenados se transportaban en el taxi hurtado al victimado, por la carretera central pararon frente a un taller montallantas ubicado después del peaje en Cajamarca (Tolima) y le preguntaron a un taxista allí estacionado que calibrara las llantas de su vehículo, que si había retenes por allí, recibiendo respuesta que había uno llegando a Ibagué. El taxista allí estacionado y que reconoció el taxi 293, no así a su extraño conductor, no era otro que Fidel Antonio García Acevedo de Tuluá, quien declaró (fl. 46) que el veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa (1990) (en la misma fecha del homicidio) hallándose estacionado en un taller montallantas ubicado después del peaje en Cajamarca (Tolima) a las 7 y 15 de la noche; al frente, fuera de la calzada paró el taxi 293 de la misma empresa a la cual pertenece él, pilotado por una persona joven que no era ninguno de los dos choferes que lo trabajaban en Tuluá, del cual oyó que le preguntaba si había retenes en la vía; contestando que había uno llegando a Ibagué de la Policía Vial y aunque no distinguía a ninguno, observó que adelante viajaba solo el chofer y atrás iban pasajeros, pero no alcanzó a ver cuántos. Este mismo testimoniante cuando llegó a Tuluá desplegó una activa y provechosa actividad por el radioteléfono, tratando de focalizar al chofer del taxi 293 habiendo sido informado por el conductor del 212 que a eso de las tres y media esa misma tarde habían visto el 293 'subiendo por el basurero en la vía hacia La Marina', motivo por el cual se formó un grupo de ocho (8) taxistas que se dirigieron hacia los

contornos de La Marina, corregimiento de Tuluá, dividiéndose en la partida para Ceylán y los que corrumbaron hacia esta parte recibieron información que por allí habían visto el taxi.

"No sobra advertir para aclarar cualquier duda o sospecha malintencionada que toda esta actividad y comunicación entre los colegas del occiso se desarrolló por radioteléfono. Fue así como el grupo de taxistas se volvió a unir en la búsqueda de su compañero desaparecido, puesto que desde horas antes no había vuelto a reportarse hasta que lo hallaron '...por una alcantarilla, subiendo a matecito y que estaba sin vida... al parecer ya llevaba varias horas de muerto porque estaba muy frío y ya luego avisamos y vinieron y le hicieron el levantamiento...' (fls. 46-47)"

Sinopsis Procesal

La Delegada realizó el compendio correspondiente en estos términos:

"Con base en los anteriores hechos, el Juzgado 10 de Instrucción Criminal de Tuluá (Valle) inició la correspondiente investigación penal el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990) y a ella fueron legalmente vinculados los aprehendidos, contra quienes recayó medida de aseguramiento de detención preventiva el nueve (9) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), como presuntos partícipes de los delitos de homicidio y hurto que los hechos informan, sin derecho a excarcelación.

"Posteriormente la instrucción corrió a cargo del Juzgado Sexto (6º) de Instrucción Criminal Ambulante, habiéndola regresado al Juzgado de origen, luego de agotada la misma y allí, tras haberse practicado algunas diligencias más fue clausurada el quince (15) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

"La calificación del sumario sucedió el diez (10) de mayo siguiente con resolución de acusación para todos los indagados 'como autores responsables de los delitos de homicidio y hurto'. En la misma providencia les fue negada la libertad provisional.

"Por reparto verificado el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), el Juzgado Primero Superior de Tuluá asumió el conocimiento del proceso y vencido el término para solicitar pruebas, el Juez decretó de oficio la práctica de varios medios de prueba el día dieciocho (18) de junio y evacuados éstos, se estimó necesario ampliar el término para recoger otras pruebas.

"Devino luego la petición del defensor del procesado Diego Fernando Morante Ospina de declaratoria de nulidad de pleno derecho de las pruebas practicadas más allá del término legalmente previsto.

"El Juzgado de conocimiento decretó la nulidad 'de las pruebas recaudadas en este proceso en cumplimiento de los autos de julio veintidós (22), agosto cinco (5) y agosto (9) del corriente año', con apoyo en los argumentos del defensor, mediante auto del catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), en el que se ordenó, al término de su ejecutoria, la entrega 'de lo pertinente' al perito designado para efectos de evaluar los perjuicios derivados de los hechos punibles. Así se dispuso luego, por auto del veintiséis (26) de agosto.

"Producido el peritaje, fue puesto en conocimiento de las partes el seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

"A continuación de este acto procesal, se produjo el auto del veintitrés (23) del citado mes, en virtud del cual el Juzgado Primero Superior decretó la acumulación de esta causa a la que el mismo despacho adelantaba contra el procesado William Vargas Henao por el delito de porte ilegal de armas de fuego y lesiones personales.

"Por auto del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991) se fijó fecha para la celebración de audiencia pública, pero hubo de ser aplazada para el veinte (20) de noviembre, cuando efectivamente tuvo lugar, en varias sesiones.

"Devino luego la sentencia de primer grado el cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), condenatoria para los tres procesados (Diego Fernando Morante Ospina, Diego Fernando González Leyton y William Vargas Henao) como coautores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado. El último ajusticiable fue además hallado responsable a título de autor del delito de porte ilegal de armas de fuego, por lo que se le impuso la pena de veinte (20) años y seis (6) meses de prisión, mientras que a los otros coprocesados les fue fijada la pena de veinte (20) años.

"Todos fueron condenados también a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y como una obligación civil, al pago de perjuicios ocasionados con el homicidio determinados en ocho millones sesenta y ocho mil trecientos veinte pesos ($ 8.068.320.00) -los materiales- y en trescientos (360) gramos oro -los morales- en favor de la señora Gladys Valencia, esposa del interfecto.

"Inconformes los defensores de los procesados con la anterior decisión, oportunamente la recurrieron en apelación y concedido el recurso en el debido efecto para ante el Tribunal Superior de Buga, éste la confirmó íntegramente adicionando la condena al pago de treinta (30) gramos oro por perjuicios materiales y cinco (5) gramos oro por perjuicios morales a favor de la perjudicada con el delito contra el patrimonio económico, señora Fátima González, propietaria del taxi que conducía la víctima de la muerte.

"Entonces los mismos sujetos procesales recurrieron en casación el fallo de segunda instancia y al ser admitida la impugnación extraordinaria el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), el Tribunal Superior dispuso el traslado a los recurrentes para la presentación de las respectivas demandas de casación, las cuales fueron allegadas en tiempo.

"Seguidamente se surtió el traslado común a los demás sujetos procesales (artículo 224 del C. de P. P.) para alegar y al vencimiento del término tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) a las seis de la tarde (6:00 p.m.), el Tribunal envió el expediente acumulado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que declaró ajustados los libelos a las exigencias legales y dispuso el traslado a esta Agencia del Ministerio Público para la emisión del correspondiente concepto".

Las Demandas

Primera demanda:

El casacionista -en representación de Diego Fernando Morante Ospina- expone los siguientes reproches, por configurar errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

Primero:

Estudia el indicio que dedujo el Tribunal de la presencia de los condenados en el sitio donde se halló el cadáver, lo que, a su modo de ver, se reduce a un hecho indicador. Sin embargo, considera que éste no se encuentra probado, pues jamás se demostró que los procesados hubieran estado en dicho sitio. Por lo tanto, "supone la existencia de un hecho que no existe", configurándose una violación indirecta de las normas sustantivas invocadas en la sentencia. "La invención de esta prueba contribuyó a fundamentar la sentencia condenatoria" es su conclusión final.

Segundo:

Se basa en la afirmación que hace el Tribunal sobre el disparo que le quitó la vida al taxista, efectuado por alguien que ocupaba el asiento trasero del vehículo. "Ninguna prueba existe de este hecho", asevera el casacionista. Por el contrario, para dispararle en el lado izquierdo de la nuca, el agresor por fuerza debe estar fuera de la cabina. "Si el agresor se encuentra dentro del vehículo y al lado izquierdo del cojín trasero, la trayectoria será de atrás hacia adelante en dirección horizontal, pero en el caso de autos la trayectoria fue de abajo (nuca) hacia arriba (órbita derecha)".

Luego recuerda la aseveración de un compañero del occiso que vio pasar el automotor de Ruiz Ayala pero conducido por otra persona, por lo que surge la posibilidad de que el cuerpo de la víctima fuera en la bodega del rodante, tesis que se apoya en el levantamiento del cadáver y el examen del carro.

Tercero:

El silencio que guarda la defensa sobre Fidel Antonio García Acevedo, calificado como "muy diciente" por el falladór le sirve para edificar esta censura. Según sus palabras, esto es tomado como "indicio de responsabilidad", pese a que en el alegato de conclusión el representante legal de Diego Fernando Morante sí se refirió a este testigo. La transcripción del pasaje correspondiente le sirve de apoyo.

Cuarto:

Esta vez centra su atención en la estadía de los procesados en Ibagué, para explicar que la "parranda y comilona" la pudieron hacer por haberles adelantado Guillermo un dinero por el trabajo que les había encomendado. No resulta inexplicable, como lo pretende hacer creer el sentenciador, el que gastaran dicho dinero pese a no desempeñarse en un trabajo "estable y productivo".

Quinto:

Como quiera que en la segunda instancia se calificó como "invención" la existencia de "Guillermo N.", el recurrente transcribe apartes de varios testimonios sobre la llegada de González y Vargas a La Marina (Tuluá) en busca de Morante y, luego, el traslado de los tres a la terminal de transportes de Tuluá y la presunta ida a Andalucía, cronometrando el tiempo (entre 30 y 40 minutos y 15 minutos, respectivamente) para concluir en la imposibilidad de cometerse el ilícito en tan corto lapso.

Luego se dedica a subrayar que la existencia de Guillermo sí se encuentra demostrada en el plenario, citando al efecto las deposiciones que, a su juicio, así lo demuestran.

La de Aristizábal Rendón es la primera en la que se fija para señalar -aunque sin decir el porqué- su tergiversación en el fallo impugnado. Luego, se refiere a cuatro testigos más, advirtiendo que se omitieron sus consideraciones pese a confirmar que Guillermo fue quien llevó el taxi al parqueadero El Llanero, retirándolo seis después para entregárselo a Morante.

Sexto:

Finalmente, la retractación de González y Vargas, calificada por el fallador como "estratagema", le sirve de soporte al casacionista para éste, su último ataque. Esta actitud se explica por el temor que tenían de que sólo Morante saliera de la cárcel. "Si el Tribunal hubiese tenido en cuenta los motivos de la retractación y el contenido de las declaraciones de Guillermo Rodríguez y Freddy Corrales", no habría tildado de absurda su nueva versión y se habría impuesto una sentencia absolutoria. Estas omisiones constituyen un nuevo error de hecho.

Segunda demanda:

Invocando la causal primera de casación, por error de hecho, el recurrente, en representación de Diego Fernando González y William Vargas Henao, formula dos reproches.

Primero:

Según su parecer, el *ad quem* valora la presencia de los encartados en el sitio de los acontecimientos como indicio, pese a que el hecho indicador no encuentra respaldo probatorio. Se refiere, entonces, a la aseveración del Tribunal de que el disparo que le segara la vida al taxista fue producido dentro del automotor. Sin embargo, -advierte- "...no existe en el plenario prueba que razonablemente nos pueda llevar a tal aseveración, luego es una mera suposición carente de fundamento...".

A continuación recuerda que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto y califica de "remoto" el indicio de oportunidad para delinquir que se pudiera desprender de haberse encontrado los procesados en el lugar del suceso criminoso, "...por lo tanto, de la presencia en el lugar del cadáver no se puede inferir lógicamente la participación en el homicidio, pues sólo podría colegirse que pudieron haber tenido algo que ver con el traslado de dicho cuerpo hasta ese lugar...", mas para llegarse a esta conclusión, necesariamente el hecho indicador ha de estar demostrado, lo que no se realizó en el proceso.

Luego se refiere a la declaración del taxista Vásquez deduciendo de su dicho "...que el taxi fue recibido por los procesados con posterioridad a ser abandonado el cadáver...". Por consiguiente, "...existe una errónea valoración probatoria, cuando se habla de un indicio cuando el hecho indicador no está probado y cuando se buscan conclusiones ilógicas...".

A partir de aquí su atención se centra en el encuentro en poder de los coacusados del vehículo que conducía el occiso. Considera que este hecho configura un solo indicio y no dos como lo señala el Tribunal al separarlos hablando del hurto del taxi y su ulterior retención cuando lo tenían los inculpados, pues un hecho indicador (haber sido hallados en el automotor) sólo da lugar a un hecho indicado (participación en el hurto del taxi), pero

de esto no puede desprender su responsabilidad en el homicidio. Recuerda, entonces, que el proceso no se preocupó por establecer la veracidad de las afirmaciones de los encartados sobre el encargo que Guillermo les había hecho de llevar el carro hasta La Dorada y entregárselo al llamado *Paisa*, de quien no se verificó su existencia, quien podría indicar la identidad de Guillermo N., personaje sobre el cual a varias personas les consta haberlo visto, como el encargado del parqueadero El Llanero, donde fue guardado el taxi entre el veintitrés (23) y el veintiocho (28) de diciembre.

De lo anterior concluye que la presencia de un solo indicio es insuficiente para sustentar el fallo impugnado. Finalmente recalca el desconocimiento de las circunstancias que rodearon el homicidio, excepto que por la herida se colige "...que sólo un victimario pudo cometer el hecho, lo que aumenta la incertidumbre...", ignorándose si entre los tres acusados se encuentra el homicida o si el crimen lo cometió un desconocido. Por tanto, solicita de la Sala se revoque la providencia impugnada y se profiera, en su lugar, un fallo de carácter absolutorio.

Segundo:

Lo eleva con fundamento en la causal segunda de casación, presentando como violados los arts. 350-1 del C. P. y arts. 1º y 442 del C. de P. P. Considera que la resolución de acusación se profirió por los delitos de homicidio agravado y hurto agravado cometidos en concurso, mientras que la sentencias de primera y segunda instancias condenaron a los reos por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado. El haberles adicionado el hurto calificado -que no fue denunciado en el vocatorio a juicio- conforma "un cargo más", impidiéndoseles defenderse de este reproche, violándose el derecho de defensa. Por tanto, solicita se case parcialmente la sentencia, dictando en su lugar la que en derecho corresponda.

Concepto del Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal

1. Respecto a la primera demanda, el representante del Ministerio Público pone de presente los defectos de técnica comunes a todas las objeciones al invadir campos ajenos al ámbito original (error de hecho), amén de la precariedad de su demostración, sin olvidar la postulación de "...reparos que carecen de adecuación típica en los supuestos jurídico-procesales de la casación".

Frente al primer cargo, resalta su dilogía al descalificar como indicio lo que es apenas un hecho indicador para luego advertir que éste no se encuentra probado. De igual forma, el no da explicaciones sobre la manera como se produjo el quebranto ni su incidencia en la decisión. Así, queda sin explicación el ataque.

En cuanto al segundo, considera la argumentación como "impertinente", pues a lo que se refiere el Tribunal es a que el homicidio no se efectuó en el lugar donde se encontró el cadáver, mientras que el recurrente pretende probar que éste no se realizó en el taxi. Además, no indica en qué medida la dirección del disparo incidió en la sentencia, ni muestra "...el nexo causal de cada una de las normas que inventaria en la demanda...", quedándose huérfano de demostración la tacha.

Este ataque -advierte el Colaborador del Ministerio Público- no es sino la formulación de una serie de hipótesis que pretenden apuntalar su tesis de que el disparo se realizó fuera del automóvil y no dentro y por detrás, como lo asegura el Tribunal. Sin embargo,

"los hechos que enarbola como argumento no tienen la virtud de destronar la premisa del juzgador, puesto que la naturaleza de aquéllos no guarda relación alguna con ésta", ya que el hallazgo de cobijas ensangrentadas simplemente significa que el homicidio se realizó en lugar diferente del sitio donde se encontró el cadáver. Más adelante critica el que presente como sustento de sus afirmaciones dos pruebas que carecen de todo vínculo con la tesis que pretende demostrar. Finalmente critica el silencio que guarda el censor sobre cómo la trayectoria del disparo podía incidir en la decisión recurrida. Tales defectos -a su juicio- desquician el reproche.

En relación con el tercer cargo asegura que también carece de fundamento, pues en el presunto indicio que critica "el defensor guarda silencio sobre el testimonio de Fidel Antonio García Acevedo" como fuente de la responsabilidad no fue tomada como tal por el fallador. Simplemente lo destacó como base para el descubrimiento de lo acontecido. Si alguna crítica cabría, debió hacerse a la deposición.

A su modo de ver, el cuarto cargo representa un ejemplo de incorrecta alegación, pues tan sólo se limita a negar una afirmación del Tribunal aduciendo que el expediente contiene elementos que la contradicen, "...sin determinar los medios de prueba sobre los cuales recayó el presunto yerro, y sin indicar en modo alguno si el juzgador supuso la prueba inexistente u omitió en su consideración aquella que obra en el expediente o distorsionó el contenido de ella". Tampoco revela su trascendencia en la decisión tomada.

El quinto cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, piensa la Delegada. La omisión alegada por el recurrente (las pruebas de descargo) no existió. Para demostrarlo transcribe un aparte del fallo en el que "explícitamente se rechaza la prueba testimonial que busca convalidar el dicho de los encartados bajo el blasón de la defeznabilidad que les descubre", aparte de que en la sentencia de primera instancia se hace expresa mención de los tres testimonios citados por el recurrente.

Un nuevo reparo se descubre dentro de este quinto cargo cuando insiste el *ad quem* sobre la inexistencia de Guillermo pese a que de él dan referencia los cuatro testimonios a que alude en un comienzo, unidos al de John Aristizábal.

Falta de precisión y claridad es la crítica del Ministerio Público, pues no señala si hubo omisión o tergiversación de ellos. Además, no cae en la cuenta de que estas deposiciones son las mismas que relaciona como omitidas por el sentenciador "...con lo cual no sólo viola el principio de no contradicción, puesto que si se ignoraron, al mismo tiempo no pueden adherirse como soportes de la existencia que el sentenciador descarta, sino que soslaya la apreciación enteramente negativa que el Tribunal les depara".

Sobre el sexto ataque (retractación de González y Vargas) considera que corre la misma suerte de los anteriores. El que se hubiese omitido el análisis sobre los motivos que tuvieron los encartados para retractarse constituye un error de hecho pues "...éste sólo tiene configuración cuando en la apreciación de la prueba se omite algún medio probatorio de los preestablecidos por el legislador, y no cuando se ignora tal o cual motivo que no ha sido explicitado en algunas de las formas probatorias". Además, la simple mención de los testimonios que luego relaciona el censor como ausentes en el proceso valorativo resulta insuficiente, pues al recurrente le incumbe mostrar su idoneidad y su trascendencia, labor que no realizó.

2. La segunda demanda también es motivo de descalificación por parte de la Delegada. Respecto de las falencias de la primera objeción critica la presentación incompleta de la proposición jurídica al citar solamente las normas procesales violadas. También su inconsecuencia al proponer un falso juicio de convicción, ámbito inadmisible merced a las reglas de la sana crítica que gobiernan el juicio de valoración que realiza el Juez al estudiar y analizar las pruebas obrantes en un proceso. A más de ello, como si fuese un alegato de instancia, al criticar la prueba indiciaria, se dedicu a formular conjeturas personales sin ningún sustento probatorio, aparte del desconocimiento conceptual que muestra al abordar el tema.

De la segunda tacha destaca la carencia de técnica en su formulación. No señala su trascendencia, tampoco la clase de incongruencia y menos si pretende la casación parcial o plena del fallo recurrido. No obstante, considera que su inadecuada presentación no inhibe su estudio merced a la prevalencia del derecho sustancial. Como quiera que resulta evidente la inconsistencia de la simple lectura de las providencias cuestionadas "...el juicio de ilegalidad que al rompe se elabora no puede posponerse frente a otros principios que funcionan al lado del postulado de la legalidad que le sirva de fundamento filosófico al extraordinario recurso de casación". A continuación transcribe apartes de la resolución de acusación y de la sentencia de primera instancia, estableciendo que mientras en la primera se llama a responder en juicio criminal a los implicados por homicidio en concurso con hurto agravado, en el fallo en mención se los condena por homicidio y hurto calificado y agravado. Solicita, por tanto, se case parcialmente la sentencia, remediando el entuerto en comento.

La Corte

Primera demanda:

Primer cargo:

Según el enunciado, el sentenciador tomó como indicio la presencia de los condenados en el sitio donde se halló el cadáver, aunque luego tilda dicha asistencia de hecho indicador sin respaldo probatorio ninguno. El planteamiento es ambiguo. Puede pensarse -como lo dice la Delegada- que el censor quiere poner de resalto que el sentenciador confundió el hecho indicador con el indicio, pero también puede achacársele la equivocación al casacionista.

Ahora bien, si lo que deseaba era criticar esta prueba indiciaria al través de un hecho indicador que no se hallaba probado en el expediente -lo que presupone un falso juicio de existencia por suposición- tampoco este razonamiento es de recibo, porque apenas se enuncia el presunto yerro sin explicarle a la Sala de qué manera se produjo el quebranto; es decir, cuáles fueron las pruebas inventadas por el Tribunal, cuál su trascendencia en su decisión; en fin, de qué manera se violaron las normas que señala como vulneradas. La simple presentación de la falencia, sin desarrollar en debida forma la argumentación de rigor, impide el consiguiente estudio de fondo, dado el principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

La poquedad argumental, unida a la confusa presentación, son los factores que provocan el rechazo de la censura.

Segundo cargo:

Una afirmación del Tribunal, cuyo texto transcribe, le sirve de fundamento para elevar esta censura. El Tribunal dedujo del acervo probatorio que el disparo que segó la vida del taxista fue realizado en el interior del vehículo por alguien que se encontraba detrás de la víctima. Para demostrar que es "un hecho inventado", el actor recrea a su acomodo la realidad procesal, presentando una sucesión de situaciones disímiles que en nada favorecen la demostración de su aserto.

Así, recuerda que el cuerpo de Ruiz Ayala se encontró con dos cobijas ensangrentadas y que en el portamaletas se hallaron algunas manchas de sangre. La alusión a estos hechos es inocua para el tema que trata. No entiende la Sala en qué contribuye a desquiciar la afirmación del Tribunal acerca de la situación de homicida respecto del sujeto pasivo y la región de su cuerpo por donde penetró el proyectil, la indicación de varios elementos de juicio que señalan que el homicidio no sucedió en el sitio donde fue encontrado el cadáver. Los temas son disímiles y demuestran cada cual situaciones diferentes.

Pues bien: tampoco es aceptable que para mostrarle a la Sala la ilegalidad del fallo presente una visión particular de los hechos. Con apoyo en hipótesis personales, dejando de lado la verdad procesal, pretende acomodar a su capricho el suceso punible. Es curiosa la actitud del casacionista. Mientras descalifica al Tribunal por establecer -sin existir prueba alguna- que el disparo fue hecho en el interior del vehículo, colocándose el victimario detrás del conductor público, hace lo propio al asegurar que el arma de fuego la accionó el criminal fuera del automotor, ilustrando a la Corporación sobre la trayectoria posible de los proyectiles en uno y otro supuesto.

Esta forma de presentar los razonamientos -lo repite una vez más la Colegiatura- es propia del debate instancial. Interpretación del acervo probatorio, su valoración, en suma, el análisis de lo recaudado en la instrucción, visto desde el punto de los propios intereses, es un método apto cuando aún el proceso no ha sido fallado. Sin embargo, luego de que los jueces competentes han proferido su decisión, esta polémica toca a su fin. La controversia posterior se produce a otro nivel. Ya no es el asunto mismo el objeto de la discusión. Ahora, en sede de casación, se examina la legalidad del pronunciamiento judicial, esto es, si la realidad que se probó en el expediente es compatible con la sentencia de segunda instancia. Explicable por ello que las conjeturas no sean de recibo, pues la demanda debe limitarse -dentro del ámbito de una determinada causal- a enfrentar el proceso con el fallo. De esta comparación, sin esfuerzos descomunales, ha de surgir diáfana la falencia y con ella la violación a la norma sustancial, su trascendencia y el perjuicio causado. El remedio al entuerto ha de desprenderse de ellos y así ha de enseñarlo el casacionista, elevando la solicitud correspondiente.

Pero nada de esto realiza el actor. De aquí para allá y de allá para acá, dejando al garete sus razonamientos, les da vía libre a sus pensamientos. Lo importante para él no es demostrar el yerro indicado. Muestra de ello es que, luego de hablar sobre las manchas de sangre y las cobijas, aprovecha la oportunidad para hablar de un tema más. Ahora trae a colación la versión del camarada de la víctima, Julio Vásquez, quien asegura haber visto el taxi que conducía Ruiz Ayala manejado por otra persona a quien no reconoce. Y más adelante se dedica a evocar las distancias que existen entre la bomba de gasolina y diversos puntos aledaños (barrio La Cruz, Las Partidas, y el sitio donde se encontró el cuerpo del conductor).

Si bien se recuerda, su inconformidad radica en la forma como fue ultimado Ruiz. El tema que versa sobre la manera como fue llevado el cadáver al sitio donde fue hallado por las autoridades y sobre la persona que condujo el automotor hasta allí tampoco tienen nada que ver con el asunto. Menos aún la información planimétrica que presenta sobre los alrededores de la bomba citada. Que el cadáver estuviera en ese momento en el baúl del taxi -como lo plantea a manera de suposición- tampoco interesa para demostrar que el disparo no le fue hecho por la espalda ni dentro del vehículo. Y tampoco en nada contribuye para la discusión demostrar que al frente del carro se encontraba otra persona, pues bien pudo acaecer que el homicidio hubiese sucedido antes y ello explicaría por qué Julio Vásquez no vio a Ruiz Ayala cuando se cruzaron.

Finalmente resta por señalar el silencio que guarda el actor sobre la trascendencia del yerro en la providencia recurrida. Mejor aún, no le muestra a la Sala en qué forma la afirmación del Tribunal perjudicó los intereses de su poderdante, ni mucho menos cómo su situación habría mejorado sustancialmente en el evento de que se hubiese llegado a la conclusión que esgrime en su escrito.

Tercer cargo:

Según su parecer, el Tribunal tomó como indicio de responsabilidad el silencio que guardó la defensa sobre el dicho de Fidel Antonio García Acevedo, ignorando la referencia que se hizo de él, en el alegato de conclusión, en prueba de lo cual hace la transcripción correspondiente. Una simple lectura del fallo presto descubre la sinrazón del ataque. Critica la Corporación -es cierto- que los representantes judiciales de los apoderados hubiesen evadido el análisis de esta prueba. Sin embargo, de ellos no dedujo indicio de responsabilidad. Esta referencia apenas le sirve de introducción al estudio de tal pieza probatoria, exponiendo luego una explicación a esta actitud. Según el Tribunal, ello se debió a que la versión de García Acevedo "...es la base formal para el descubrimiento de los injustos típicos y de la responsabilidad penal de sus autores...". Con ello pretende poner de relieve la importancia de los datos suministrados por Acevedo, tan serios y vigorosos, que la defensa prefirió eludir su alegato en otro sentido.

Como bien puede observarse, la falencia que encuentra el libelista no es otra cosa que una alusión del Tribunal a la táctica de la defensa. Si alguna inconformidad le cabía al recurrente en este aspecto, debió enderezar su ataque hacia el testimonio mismo. La equivocación es mayúscula y provoca, en consecuencia, la improsperidad del reproche.

Cuarto cargo:

La parranda y comilona a que se dedicaron los encartados luego de cometer el crimen -pese a no tener un trabajo estable y productivo- es la nueva afirmación del Tribunal que el recurrente pretende descalificar. Como quiera que en la introducción anunció que todas las tachas se enmarcaban dentro del error de hecho, esta objeción tiene tal marco jurídico. Sin embargo, el recurrente no demuestra si se tomó en cuenta una prueba inexistente, o si se omitió una presente en el proceso, o si se analizó pero tergiversando su contenido, limitándose únicamente a negar el aserto con uno suyo, que desprende de la versión de los procesados. Típico enfrentamiento de tesis, propia de las instancias, que no demuestra en qué consistió el error alegado, esto es, sobre qué pruebas recayó, su importancia dentro del contexto procesal, su trascendencia gravosa para los intereses de los procesados y de qué manera la demostración de los ingresos lícitos de sus

defendidos hubiese tenido la capacidad de desquiciar las pruebas de cargo y, por ende, provocar su absolución.

La alegación es incorrecta y por demás inocua al no poseer la fortaleza necesaria para derrumbar la sentencia de segunda instancia. El tema es anodino. El rechazo, su cabal respuesta.

Quinto cargo:

Lo eleva alrededor de la existencia de Guillermo N., negada enfáticamente por el Tribunal. En primer término, denuncia la omisión que hiciera el sentenciador de segunda instancia de varios testimonios que demuestran la presencia en La Marina de su representado. Error de hecho por falso juicio de existencia, sin duda; no obstante, el yerro es ilusorio, si bien se observan los fallos de instancia. En la sentencia de segundo grado, el Tribunal es explícito en señalar la sospechosa coincidencia de los testigos de descargo "en idénticos e ínfimos detalles", a más de recordarlos "con cronométrica precisión a pesar del transcurso de un lapso más o menos largo, como si estuvieran observando una fotografía o memorizándola con sospechosa uniformidad", lo cual es indicativo de "que están guiados por un interés determinado y no por la verdad". Es por ello que descalifica dichas probanzas "porque en primer lugar provienen de consanguíneos o parientes de éstos, de lo que se desprende parcialidad que se presume y, en segundo término, porque corresponde al juzgador apreciar la credibilidad del testimonio".

Como protuberantemente se observa, el juzgador *ad quem* sí incluyó en su análisis esta prueba testimonial, pero la desechó prevalido de su sospechosa parcialidad. Incluso le dio el calificativo de "deleznable" y llamó la atención sobre el arbitrio que les asiste a estos juicios de valor, limitados por las reglas de la sana crítica, aplicadas, entre otras cosas, en el acto *sub examen* en forma correcta, pues la Corporación no se circunscribió a desautorizar dichas versiones por los defectos que presentaban, sino también porque contradecían el restante material probatorio.

De otra parte, el impugnante olvidó que en la primera instancia también hubo una clara alusión a las dichas versiones, análisis que se complementa con el del superior, quien acogió sin reservas el examen realizado por el de primer grado. El *a quo* desvertebra la versión exculpatoria de los procesados, desmenuzando lo concerniente a la presencia de Morante en La Marina. A más de ello destaca las contradicciones que exhibe la versión de éste al ser comparada con la de su novia, Gloria Amparo, y las de todos entre sí, realizando un seguimiento minucioso de los tres procesados, colgiendo su encuentro, luego de que Morante llegara de Ibagué con el exclusivo fin de realizar los ilícitos, merced al previo conocimiento que tenía del taxista. Hubo, pues, un análisis serio y ponderado, fruto del estudio minucioso tanto de la prueba de cargo como de la de descargo, enfrentadas y sopesadas bajo las reglas de la sana crítica. Si no se apreció la prueba exculpatoria fue por su inconsistencia, parcialidad, interés, sospechosas coincidencias, contradicciones, etc.

Este tema, como puede verse, se debe entender como un cargo independiente; pues aún no aparecen razonamientos sobre la base del reproche que anunciara al comienzo, esto es, la existencia de Guillermo N... Los renglones prosiguen y otro motivo de controversia sale a relucir: La imposibilidad temporal para cometer el homicidio. Con

fundamento en la planilla a la que se encuentra afiliado el taxi donde presuntamente se transportaron los delincuentes, el recurrente se dedica a realizar toda serie de cálculos con el objetivo de demostrar que el escaso tiempo libre que les quedó a los coacusados hacía imposible que pudieran no sólo cometer el crimen sino también transportar el cadáver al sitio donde fue hallado y emprender la huida con destino a Ibagué.

Sin embargo, aparte de sus cuentas prolijas en kilómetros y minutos y señalar como falencia las omisiones del dicho de Antonio Carvajal y de la planilla en cita, comete el mismo error observado en cargos anteriores. Con su atención, puesta apenas en estos dos medios de prueba, olvida confrontarlos con los demás elementos de juicio recaudados en el proceso, destacando su trascendencia, de tal magnitud, que si se hubiesen tenido en cuenta las probanzas de cargo habrían perdido su vigor, abriéndole el camino a una decisión absolutoria. Imposible con esta paquedad entender en toda su dimensión el pensamiento del recurrente.

Por fin, en la última porción del reproche aparece la razón que anunciara para elevarlo: la existencia de Guillermo N.. Denuncia entonces la tergiversación de la versión expuesta por Jaire Aristizábal y la omisión de las declaraciones rendidas por Gilma de Yáñez, Sandra Alemán, Oscar Chacón y Ricardo Espinoza. Respecto a la primera, increpa al Tribunal por la forma irrespetuosa como la califica y lo refuta por considerar que éste es un testigo de oídas, pues de su dicho se desprende que aportó su conocimiento de los hechos por haberlos presenciado. Al respecto hace las transcripciones consiguientes.

Para entender mejor el análisis efectuado en las instancias, la Sala rememora, *ab initio*, la sentencia de primera instancia. En ella resalta el vocablo "dizque" empleado por Aristizábal al rendir su versión. Al respecto expresa el *a quo*: "Este testigo parece expresarse por meras referencias cuando al narrar los hechos, se refiere a ellos anteponiendo la partícula 'dizque', que en vocablo popular se refiere a una forma dubitativa de conocimiento indirecto". Y en efecto, al preguntársele si sabía dónde se encontraba Morante, respondió que se hallaba recluido en un establecimiento carcelario, y que la noche anterior a su aprehensión "...dizque había llegado un señor a preguntarlo a la casa...". En el mismo sentido, aunque no con la claridad necesaria, se expresa el fallador de segunda instancia cuando resalta que "no se aprendió bien la lección que tenía que repetir, ubicándose no como testigo presencial directo, sino como declarante de oídas o porque lo narrado llegó a su conocimiento por tercera persona".

Sin dificultad se observa que los falladores no distorsionan el contenido del testimonio. Simplemente lo descalifican por no presentar la contundencia necesaria que permita adjudicarle algún tipo de credibilidad. Por ello, denuncian la inconsistencia de su exposición al colocarse como narrador en tercera persona, adoptando una pose de testigo indirecto, aunque luego retoma su papel presencial. Así las cosas, la discusión, de ser posible, se centraría en torno a la valoración que de este dicho se hiciera en las instancias. El camino correcto, aunque improductivo por la inexistencia de la tarifa legal, era el del error de derecho por falso juicio de convicción.

Respecto a los testimonios restantes, no es cierta su omisión. De nuevo se le recuerda al casacionista la unidad conceptual que conservan los fallos de las dos instancias en todo aquello que el superior no descalifica al surtir la alzada. Constante ha sido la jurisprudencia al respecto y el censor debió recordarlo para evitar un derroche

inútil de razones. Si se hubiera molestado en leer la providencia del *a quo*, habría encontrado en su contenido el análisis que no realizó el Tribunal, quien a buen seguro creyó innecesario repetir la argumentación por compartirla plenamente.

En este aspecto el Juez fue prolijo. En primer lugar, habló sobre Oscar Pachón destacando su reciente llegada al parqueadero como vigilante (apenas el mismo día en que Guillermo supuestamente llevó el taxi a guardar). Luego puso en relieve su extrañeza por la descripción tan precisa que hace del sujeto pese a la profusión de clientes en un establecimiento de esta naturaleza, lo que impide una percepción individualizada, máxime cuando si no había ninguna razón para prestarle una debida atención y mayormente cuando se tiene en cuenta que se estaba en temporada navideña con el aumento consiguiente y desordenado de usuarios.

Más adelante se ocupa de Gilma de Yáñez, suegra de John Jairo. Renglones antes había destacado la contradicción en que incurre su yerno al pretender que el citado individuo llegó preguntando dónde quedaba la casa de Morante, pese a que, según el relato de los implicados, Guillermo había estado en dicho inmueble el 23 de diciembre anterior, dado que había llevado a Morante antes de dirigirse al parqueadero a guardar el taxi. Es por ello que, al referirse a la señora, el *a quo* advierte que "va más allá al decir que su yerno le informó al desconocido taxista cuál de las personas que se hallaban diagonal a su residencia era Diego Morante, como si éste no lo hubiese llegado a ver, siendo que según sus manifestaciones fue quien lo contrató en Andalucía para llevar el carro hasta La Dorada". A continuación puntualiza sobre la inusual coincidencia entre la descripción de Guillermo y la indicada por Aristizábal: "Aporta este testigo características exactas a las expuestas por John Jairo, referenciando al desconocido taxista como si hubiese tenido de él una percepción directa y temporalmente suficiente para grabarlas en su mente en horas nocturnas".

Luego fija su atención en Sandra Alemán, novia de John Jairo, declaración que temprano desecha porque "...no da ninguna seguridad de los hechos en su versión jurada, afirmando que no puso atención a ellos y por lo mismo sinceramente afirma no poder describir al desconocido". Por último, refiriéndose a todas ellas, destaca las relaciones de amistad que tiene con Morante, no sólo por el vínculo laboral de John Jairo con él sino también por la vecindad "que crea indiscutiblemente sentimientos de solidaridad y aprecio".

Restaría por analizar la deposición del dueño del garaje, Ricardo Espinosa. Sin embargo, la Sala no advierte la relación directa que pueda tener esta declaración con el hecho que se pretende probar, ni mucho menos lo encuentra en las palabras del recurrente, quien no aclara el asunto. Esta persona da cuenta de las pesquisas posteriores, de la extraña desaparición del cuaderno donde supuestamente se había registrado la entrada del automotor y apenas hace una vaga referencia al taxi pero por un conocimiento que le llega de terceras personas, manifestación que, como es obvio, no tiene trascendencia alguna. Así las cosas, las tergiversaciones u omisiones jamás tuvieron ocurrencia. Fracasa la censura.

Sexto cargo:

Esta vez las retractaciones que hicieran González y Vargas, de sus primeras versiones, constituyen la razón de su inconformidad. No acepta que el Tribunal las haya

tildado de "estratagemas" y para demostrarlo no sólo brinda su personal explicación sino que critica al sentenciador por no haber tenido en cuenta los motivos que lo indujeron ("éstos pensaron que Diego Fernando Morante saldría de la cárcel y ellos se quedarían"), ni tampoco las versiones rendidas por Guillermo Rodríguez, Jorge Luis Cárdenas y Freddy Corrales.

El reproche es deficiente en extremo, máxime cuando olvida el recurrente que el error de hecho se produce por una suposición, omisión o tergiversación de alguna prueba. Denunciar que no se tuvo en cuenta la razón que tuvieron los inculpados para cambiar su versión no es materia de esta causal. De todas maneras, aunque a renglón seguido reforma el cumino denunciado -ahora sí un falso juicio de existencia- se limita a anunciar la falencia sin destacar los aspectos cardinales de toda censura: su confrontación con los restantes medios de prueba, su capacidad para desvirtuarlos y su importancia capital, capaz de cambiar en forma favorable la decisión condenatoria.

Frente a esta simple mención quedan incólumes las pruebas de cargo. La desestimación del ataque es la respuesta idónea a su imprecisión y poquedad argumental.

Segunda demanda

Primer cargo:

El demandante anuncia el primer cargo como error de hecho en la apreciación de las pruebas que sirvieron de soporte al fallo condenatorio, señalando al efecto como normas violadas los artículos 2°, 22, 247, 300, 301, 302 y 303 del C. de P. P.

No obstante, sin precisar la especie de yerro fáctico que presenta como sustento de su inconformidad (falso juicio de existencia por omisión o suposición de la prueba o falso juicio de identidad por tergiversación), entra de lleno en la presentación de los respectivos argumentos. Así, luego de transcribir el relato de los hechos que hace el sentenciador, asevera que no es cierto que el homicidio se hubiera producido en el interior del taxi, calificando sus palabras como meras suposiciones, poniendo de presente el hallazgo de las dos cobijas de sangre indicativas de que "en ellas fue envuelto", así como el hallazgo de "las pequeñas pintas de sangre en la bodega", señal de que el cadáver "fue echado allí para abandonarlo". Por tanto, concluye el censor, "...como si lo anterior no fuera suficiente para demostrar que fue en sitio desconocido donde el interfecto fue ultimado...", advierte que "de ser cierta la especulación" el proyectil habría roto el parabrisas o por lo menos habría sido encontrado en el vehículo por las fuerzas del orden.

Es notorio el esfuerzo del libelista por recrear el panorama procesal en su propio beneficio, presentando hechos que, al no tener comprobación procesal, quedan reducidos al papel de simples hipótesis. Así, a la afirmación de que el homicidio se produjo dentro del automotor y por detrás, el impugnante le opone su tesis personal de que el ilícito se realizó en sitio desconocido. A más de que trae en su ayuda pruebas que nada tienen que ver con su alegación (la sangre hallada en las cobijas y en el baúl del carro) esgrime una conclusión (el taxista fue ultimado en sitio desconocido) sin ningún sustento probatorio, cometiendo, éste sí, el yerro que le endilga al sentenciador: elaborar la realidad histórica sin probanza alguna que la respalde.

Hasta aquí -sin haberle enseñado a la Corte el error en que basa su censura- enruta el cumino de su escrito al de un simple alegato de instancia, cuya pretensión es convencer

a la Colegiatura de que sus argumentos son mejores que los del fallador. Con esta intención de revivir el debate procesal se aparta de la esencia del recurso impetrado donde no se discute el acervo probatorio sino la legalidad de la sentencia, esto es, que se compagina con lo que expresa el proceso. Aún permanecen desconocidas para la Sala las probanzas que fueron objeto del error de hecho, aunque se espera que en los próximos renglones retome el sendero que propuso al enunciar el reproche.

Al avanzar en la lectura se advierte que el casacionista abandona por un momento el terreno de las conjeturas y centra su atención en la prueba indiciaria citando textualmente al Tribunal en lo referente a aquéllas, indicando que los tres indicios sobre los cuales basa su decisión se reducen a dos: la presencia de los condenados en el sitio en donde fue hallado el cadáver (indicio de oportunidad) y el hallazgo en poder de los procesados del taxi que conducía el occiso, indicio al cual no se le asigna denominación alguna.

Aunque respecto al primer indicio que estudia podría pensarse que confunde el hecho indicador (la presencia) con el indicio en sí, posteriormente le da a este hecho la debida connotación. Sin embargo, al sustentar sus argumentos falla lamentablemente al pretender desvirtuarlo con la declaración del también taxista Vásquez, compañero de la víctima, pues según su parecer, "este testimonio demuestra todo lo contrario" de lo que asegura el Tribunal, esto es, que el automotor lo recibieron "con posterioridad a ser abandonado el cadáver". Como tinosamente lo observa la Delegada, si su intención era discutir la tesis de la comisión del homicidio antes de que a los encartados les fuera entregado el automóvil, debió dirigir sus esfuerzos en torno al dicho de Vásquez en el terreno del error de hecho, bien por un falso juicio de existencia, ora por uno de identidad. Sin embargo, todo lo reduce a una errónea valoración probatoria, insistiendo en el falso juicio de convicción.

En seguida se refiere al segundo indicio que, a su modo de ver, se encuentra configurado tanto por el hurto del automotor como por haberse encontrado el rodante en poder de los sentenciados, aunque posteriormente reconoce que se encuentra en presencia de dos hechos indicadores. Como lo indica la Delegada, "la inseguridad que se advierte en el casacionista respecto del manejo del tema del indicio es apabullante. Mírese, si no, cómo a continuación reconoce que existe un indicio y paralelamente anota que dada la indivisibilidad del hecho indicador 'sólo puede inferirse lógicamente la existencia de otro hecho y no de varios', hecho indicado que consiste en que los acusados posiblemente participaron en el hurto del taxi, lo cual de por sí no les vincula fatalmente en la comisión del homicidio".

A continuación insiste en la existencia de Guillermo N, rememorando las versiones de los acusados sobre la encomienda que recibieran de entregar el automóvil en La Dorada a un sujeto apodado el *Paisa*, limitándose a señalar la carencia de pruebas sobre este aspecto, pero sin indicar qué evidencias fueron objeto de suposición, tergiversación u omisión. Luego trae a colación los testimonios que demuestra, a su entender, la existencia de Guillermo N, pero sin anotar en qué consistió la falencia del Tribunal, pues bruscamente interrumpe su análisis para afirmar que ante la presencia de un solo indicio no se puede condenar a los imputados, insistiendo a continuación sobre el desconocimiento que existe sobre las circunstancias que rodearon el homicidio del taxista.

Terminada la lectura de este ataque encuentra la Sala un alegato carente de precisión donde se permitió el censor dar rienda suelta a sus conjeturas, amén de tratar con impropiedad el indicio, reduciendo sus argumentos a un simple inventario de tesis donde se pretende convencer a la Corte de su bondad en detrimento de las defendidas por el juzgador. El debate que plantea es de estirpe instancial, sin duda, pero ajeno a esta sede de casación; en donde -se repite- no se busca revivir la controversia en torno al recaudo probatorio sino revisar la legalidad del fallo. No prospera el cargo.

Segundo cargo:

1. Lo propone en el ámbito de la causal segunda de casación. A los procesados, según su dicho, se les adicionó un cargo en la sentencia condenatoria que no fue contemplado en la resolución acusatoria: hurto calificado, con la consecuente vulneración del derecho de defensa. Para comprobar su tesis, realiza la confrontación entre las dos piezas procesales, solicitándole a la Sala casar la sentencia y dictar la que en derecho corresponda.

2. Antes de acometer el estudio correspondiente, la Corte quiere llamar la atención acerca de algunas apreciaciones de la Delegada sobre las posibles carencias técnicas del reproche, lo que ameritaría, en principio, su rechazo, aunque las considera superables, merced a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Según su parecer, la censura omite aspectos de singular importancia "...como la precisión de la inconsonancia que delata, esto es, si ella es de carácter parcial o total; calla la trascendencia de la indebida inclusión en la sentencia de aquella circunstancia de agravación punitiva del delito de hurto que no contempla la acusación formal con la cual debió guardar factual acoplamiento, y su materialización representada en un ajuste penológico de orden descendente o disminuente, como tampoco determina si la casación que pretende es también parcial o plena y en qué sentido debe sustituir la sentencia recurrida".

Es cierto que todos los aspectos relacionados por la Delegada son materia de singular importancia en la exposición de un reproche. Dado el principio de limitación que regenta el recurso extraordinario se necesita precisión y claridad en la censura, pues es la única manera de que la Sala entienda a cabalidad el pensamiento del recurrente y pueda resolver su inquietud dentro del ámbito que él le propone. Sin embargo, en veces una omisión del actor sobre estos aspectos no conduce necesariamente al rechazo consiguiente si del texto mismo se infieren sin dificultad, bien porque el mismo libelista los particulariza dentro de sus razonamientos, ora porque la prolijidad de la censura hace manifiesta su comprensión siendo innecesarias adicionales especificaciones, ya que de su misma esencia se extraen su perfecta delimitación y las consecuencias negativas que produjo en el proceso.

El caso de ahora es un claro ejemplo de esta última especie. Es cierto que el libelo se limita a exponer que existe una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia. Sin embargo, no hay lugar a confusión alguna por no haber expuesto técnicamente la demanda los términos que echa de menos la Delegada. Es obvio que el habérsele condenado por un cargo más de los deducidos en la resolución de acusación provoca una mayor carga punitiva y, por ende, causa un notorio perjuicio a los procesados, pues la sanción impuesta por fuerza se incrementa, amén de que les niega la oportunidad de defenderse de esta inédita acusación. La solución, en principio, no es

otra que case la sentencia parcialmente, reemplazándola por una que se atempere a los lineamientos expuestos en el pliego de cargos. Si con la exposición la Sala queda ilustrada con suficiencia y si de la fallencia misma se extraen, sin lugar a dudas sus consecuencias y, por tanto, el remedio para el entuerto, un posible escollo técnico queda por completo superado.

3. Ahora bien, en la resolución de acusación dictada por el Juzgado Décimo (10) de Instrucción Criminal de Tuluá (Valle) se eleva pliego de cargos contra los procesados por los delitos de Homicidio agravado (arts. 323 y 324-2 del C. P.) y hurto agravado (artículo 351-6). En cambio, en la sentencia de primera instancia -confirmada en lo fundamental por el Tribunal- se condena a los procesados por los delitos de homicidio agravado (arts. 323 y 324-2), hurto calificado (art. 350-1) y agravado (351-6). La discordancia en los dos proveídos es ostensible en relación con el delito contra el patrimonio, pues en el primero se habla de hurto agravado mientras en el fallo de primera instancia se menciona el hurto calificado y el agravado.

4. Aunque es cierto que el numeral tercero (3º) del artículo 471 del C. de P. P. de 1987 prescribía que la resolución de acusación debía contener "la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal", ello no significaba que efectuado este linde jurídico, podía el fallador moverse libremente dentro de él, sin sentar las premisas correspondientes.

De igual manera, y también como requisitos formales, la norma en comento establecía la narración sucinta de los hechos materia de investigación "con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen", así como "la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación". La previsión era obvia. Al través del relato se buscaba precisar en toda su dimensión el hecho imputado, al tiempo que la reseña probatoria permitía señalar y sopesar los cargos y descargos, revelando qué aspectos del hecho punible eran comprobables. Con esta información tenían las partes los elementos de juicio necesarios para planear la estrategia por seguir en la etapa de la causa. En este sentido ha de entenderse la calificante provisional y su variación dentro del capítulo correspondiente.

5. Por consiguiente, si bien el juzgador estaba obligado a mencionar tan sólo dicho capítulo, es obvio que en el cuerpo de la providencia se debían mencionar todos los elementos necesarios que pudieran establecer con claridad la especie delictiva. Si, como en el presente supuesto, jamás se mencionó la violencia como elemento del hurto, es claro que la defensa no tuvo la oportunidad de controvertir la calificante que se le dedujo sorpresivamente en la sentencia. Por consiguiente, en este concreto ámbito era menester condenarlo por el hurto agravado y no por el hurto calificado y agravado como se hizo, sufriendo sus intereses el consiguiente desmedro. La casación parcial de la sentencia en este aspecto se impone y así ha de declararlo la Sala, rebajándole el exceso. Así, si por el hurto calificado y agravado se le incrementó la pena en cuatro (4) años, se le restará la mitad; esto es, dos (2) años, quedando en definitiva la sanción en dieciocho (18) años para Diego Fernando Morante y Diego Fernando González Leyton y en dieciocho (18) años y seis (6) meses para William Vargas Henao.

Prospera el cargo.

Casación oficiosa

Se observa en las sentencias de primera y segunda instancias que a los procesados se les impuso como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal: es decir, a Diego Fernando Morante Ospina y Diego Fernando González Leyton, veinte (20) años de prisión, y a William Vargas Henao, veinte (20) años y seis (6) meses de prisión. Tal determinación viola flagrantemente el artículo 44 del C. P., que le fija a dicha sanción un término máximo de diez (10) años. Así las cosas, y encontrándose viciada de nulidad esta determinación, este hecho 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 (artículo 229-1 del C. de P. P.).

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

RESUELVE:

1. *Casar parcialmente* el fallo impugnado, y en su lugar condenar a Diego Fernando Morante y Diego Fernando González Leyton por los delitos de homicidio agravado y hurto agravado, a purgar la pena principal de dieciocho (18) años y a William Vargas Henao por los delitos antes mencionados y por el de porte ilegal de armas de fuego a dieciocho (18) años y seis (6) meses de prisión, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

2. *Casar parcialmente* la sentencia en lo referente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a los procesados, fijándoles como término de duración diez (10) años en vez de los veinte (20) años y veinte (20) años y seis (6) meses que se les impusieron en ella.

3. En lo demás, permanecerá incólume la providencia materia de este recurso extraordinario.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, al relacionar los requisitos formales de la demanda, dice que ésta deberá contener "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".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación Número 8672. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 104 nov.10/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993

Mediante esta providencia la Sala declarará inadmisible la demanda de casación presentada a nombre del procesado Eduardo Vahos Echeverri contra la sentencia de 2 de abril de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó a 10 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. Los hechos origen del proceso los narra así el fallo de primer grado:

"Sucedieron en las horas de la tarde del domingo 3 de mayo del año inmediatamente anterior, cuando en el tercer piso de una casa de inquilinato ubicada en la carrera 58 número 53A-28 fue muerto en forma violenta a causa de múltiples puñaladas el relojero Carlos Horacio Cuartas Arias. Como homicida se capturó en el mismo sitio de los hechos al señor Eduardo Vahos Echeverri, quien según informe policivo ya se disponía a abandonar el lugar llevando consigo algunas pertenencias al igual que empretinado y aún ensangrentado el cuchillo que utilizó para cometer el delito".

2. El Juzgado 24 Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 29 de enero último, y en armonía con el auto de acusación, condenó al susodicho Vahos Echeverri a la pena principal de 10 años de prisión, por el delito de homicidio consagrado en el artículo 323 del Código Penal.

Apelado el fallo por el procesado, el Tribunal de Medellín lo confirmó en su integridad (fls. 210 y ss.), con salvamento de voto del doctor Juan Guillermo Jaramillo Díaz (en principio Magistrado Ponente), quien estimó que al procesado se le debió reconocer el exceso en la legítima defensa de que habla el artículo 30 del Código Penal (fls. 221 y ss.). Contra esta sentencia de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del acusado.

La Demanda

Luego de hacer un recuento de lo que aconteció en relación con el salvamento de voto aludido, dice el censor:

"Así las cosas y teniendo en cuenta un análisis concienzudo y razonable de las circunstancias que rodearon el hecho, como de los planteamientos y análisis hechos por el ponente, dan a entender que la pena a cumplir y la forma de su cumplimiento es la establecida por el Magistrado Ponente y en ningún momento la determinada ni por el Juez del Circuito Penal correspondiente ni la ocasionada a raíz del salvamento de voto por parte de las Magistradas componentes de la Sala de Decisión.

"Por los hechos y razones expuestos, como con base en la exposición y determinación del Magistrado Ponente en lo relativo al caso que nos ocupa es por que con todo comedimiento solicité revocar la providencia-sentencia de primera instancia recaída en contra del señor Eduardo Viáños Echeverri y en su lugar acceder a la sentencia proferida por el Magistrado Ponente y en la que salvaron el voto las Magistradas componentes de la Sala. Luego debe confirmarse la sentencia en parte transcrita en este recurso" (fls. 260 y 261).

Se considera:

El numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, al relacionar los requisitos formales de la demanda, dice que ésta deberá contener "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".

Absolutamente nada de lo que allí se exige fue cumplido por el actor en su brevísimo escrito impugnatorio (fls. 259 a 261) que se acaba de copiar, en el cual ni siquiera se menciona la causal de casación que pretende invocar.

No consultó, pues, el censor las exigencias mínimas que demanda el recurso extraordinario que propuso, razón bastante, a simple vista, para que el escrito con el que pretende sustentar el mismo sea inadmitido.

Ahora bien: del referido alegato se colige que para el actor el Magistrado que salvó el voto produjo una sentencia, la cual, según su criterio, debe prevalecer.

No: justamente la sentencia es la dictada por las dos Magistradas a que se refiere el escrito de impugnación, quienes hicieron mayoría, quedándose en minoría el Magistrado Jaramillo Díaz, quien, por eso mismo, salvó el voto.

Al hablar de las providencias de "juez colegiado", dice el artículo 182 del Código de Procedimiento Penal que "las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de votos", mayoría absoluta que, se repite, hicieron en este caso las dos Magistradas en referencia.

Si el casacionista estaba de acuerdo con el salvamento de voto (que, se reitera, reconoce el exceso en la legítima defensa), en modo alguno le era suficiente en casación remitirse a él para tener como sustentada la demanda, sino que le era insoslayable aducir y desarrollar la causal de casación y el motivo concreto objeto de este recurso, cosa que, como se dijo, no realizó ni en mínima medida

De entrada, entonces, se rechazará el mencionado 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 Eduardo Valios Echeverri. Consecuencialmente se declara desierto el recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE / PRESCRIPCION

El protesto de un cheque no puede entenderse como un acto que permita predicar la utilización jurídica del título valor. Aunque es cierto que con este hecho el sujeto revela al mundo exterior su intención de ponerlo a circular en el tráfico jurídico, apenas se trata de un paso formal intermedio, sin consecuencias punitivas./ Con la realización de actos consumativos la acción típica está completa, corriendo a partir de este instante el término de la prescripción de la acción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 8218.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 105

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la acción de revisión interpuesta por el defensor del procesado Luis Ernesto Méndez Martínez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que lo halló responsable de los delitos de falsedad y estafa imperfecta, condenándolo a purgar la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión, más las accesorias de rigor.

Antecedentes

En el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá se adelantó un proceso ejecutivo contra la sucesión de Manuel Abondano Herrera con base en unos cheques presuntamente endosados por el causante, figurando como demandante Luis Ernesto Méndez y como girador Iván Abacú Cuervo Monroy. La presunta irregularidad de este cobro llevó a los herederos, Mauricio y Jorge Abondano Sierra, a poner el hecho en conocimiento de las autoridades competentes.

La investigación criminal la inició el Juzgado Treinta y Cuatro (34) de Instrucción Criminal de Bogotá. Durante su desarrollo se presentó voluntariamente a rendir indagatoria

el señor Luis Ernesto Méndez y se llevó a cabo una pericia grafológica por el Instituto de Medicina Legal sobre los cheques que servían de fundamento al proceso ejecutivo, comprobándose que las firmas que se le atribuyen a Manuel Abondano Herrera son apócrifas. Luego de recaudarse diversa prueba testimonial, pericial y documental, el Juzgado Cuarto (4º) Superior de la misma ciudad dispuso dictar en contra del imputado resolución de acusación por los delitos de falsedad y estafa. Luego de realizada la audiencia pública y ante petición expresa de nulidad elevada por el defensor del procesado por encontrarse prescrita la acción penal, el Juzgado del conocimiento resolvió aceptar el pedimento pero sólo respecto del delito de falsedad, declarando sin valor legal todo lo actuado a partir del auto calificatorio y disponiendo el envío al Juzgado Penal del Circuito (reparto), por competencia para que continuara la indagación por el delito de estafa.

Tal decisión motivó que el Fiscal Cuarto Superior interpusiera en su contra un recurso de apelación. Al desatar la impugnación, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá revocó la providencia cuestionada ordenando que continuara conociendo del asunto el Juez Cuarto (4º) Superior. En acatamiento a lo dispuesto por la Colegiatura, este Despacho profirió fallo condenatorio en contra del procesado, sancionándolo con treinta (30) meses de prisión como autor responsable de los delitos de falsedad y estafa al tiempo que le negaba el subrogado de la condena de ejecución condicional. Apelada la determinación por el defensor del encausado, el Tribunal revocó uno de los cargos (tentativa de estafa contra los intereses del Banco del Estado) y confirmó los demás, imponiéndole al final la pena de veintiocho (28) meses de prisión.

La Demanda

El recurrente eleva un único cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá con fundamento en el numeral 2º del artículo 232 del C. de P. P. Considera que el acusado debió haber sido absuelto dado que la acción penal se encontraba prescrita al momento de proferirse el auto de proceder, fenómeno que no tuvo en cuenta el fallo materia de esta acción.

Luego de recordar los artículos 221 y 80 del C. P. señala que el auto enjuiciatorio quedó ejecutoriado el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Como los cheques materia de la falsedad tienen fecha de primero (1º) de septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1978) y su protesto acaeció el veintiocho (28) de noviembre siguiente, se traslada que a la fecha en que quedó firme el vocatorio a juicio habían transcurrido seis (6) años, cinco (5) meses y dos (2) días.

A continuación rememora los argumentos que expuso el Tribunal para rechazar la posible prescripción de la acción penal. En lo que se refiere a la inexistencia de prueba que merezca credibilidad para aceptar sin lugar a dudas que la fecha que aparece en los títulos valores fue la de su elaboración, responde que debe aceptarse dicha data, pues no se puede permitir la inversión de la carga de la prueba, ya que es al Estado al que le corresponde demostrar que ésta no fue la fecha de emisión.

En cuanto a que es inaceptable que el uso de los documentos se realizó cuando fueron entregados por Méndez a Perilla y Lozano, el accionante advierte que "no hay en el expediente prueba que demuestre que entre Luis Ernesto Méndez Martínez y los

señores Perilla y Lozano no existieran relaciones comerciales, y por lo tanto tampoco hay prueba que pueda demostrar que Méndez originalmente no les hizo entrega a los segundos, de los mencionados cheques, en los primeros días del mes de septiembre de 1978".

Respecto a que los cheques no presentan sellos que indiquen su intento de cobro bancario y que el uso de ellos se realizó cuando se presentó la demanda ejecutiva (mayo 9 de 1979), recuerda que el presupuesto para admitirla es que los títulos hayan sido protestados. Como quiera que "...este mecanismo es parte esencial de la ejecución, cuando a ello se procede es porque ya se inició el desarrollo de la acción y de consiguiente es innegable que se están poniendo en uso los títulos valores con una premeditada finalidad, como es la presentación de la demanda ejecutiva...".

Por consiguiente, solicita de la Sala se decrete la revisión del proceso, dado que de haberse tenido en cuenta el fenómeno prescriptivo, el fallo que se discute habría sido absolutorio.

Alegato de conclusión

Considera que de una lectura detenida del expediente remitido se desprende la procedencia de la acción de revisión impetrada y al respecto se dedica a rememorar las fechas de las diferentes piezas procesales así como de las decisiones tomadas en las dos instancias. De igual manera recuerda también las declaraciones de Cerbeleón Perilla y Servio Tulio Lozano, quienes manifiestan no haber tenido relaciones comerciales con Méndez y constarles la existencia de los cheques, objeto del presente asunto, desde los primeros días de septiembre de 1978.

Además, resalta que el planteamiento de la prescripción no es un debate de última hora sino un tema que ha venido discutiendo de tiempo atrás. A continuación destaca el interés jurídico que le asiste a Méndez dado que al reconocerse el fenómeno respecto del delito de falsedad se habría enviado el expediente al Circuito por competencia, desapareciendo el concurso delictual y, por ende, abriendo el camino para la concesión de la condena de ejecución condicional. Finalmente, se refiere a la "insustancialidad de las consideraciones del Tribunal", insistiendo sobre la carga de la prueba que reposa en cabeza del Estado y no de los particulares, por lo que no debió exigir al procesado prueba fehaciente de que los documentos fueron emitidos en la fecha que aparece en ellos.

De otra parte, recuerda que para la viabilidad de la acción ejecutiva se requiere el protesto de los títulos valores, por lo que su uso se realizó el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), habiendo transcurrido con holgura el término prescriptivo al momento de proferir la resolución de acusación. Por consiguiente, solicita se acepten las peticiones que esgrimió en su demanda.

La Corte

1. La inconformidad del revisionista se centra en el fenómeno prescriptivo cuyo desconocimiento afectó a su poderdante. El uso de los cheques fraudulentos es la materia de su alegato. Según su parecer, la utilización de este documento comienza con su protesto, puesto que es requisito indispensable para iniciar un proceso ejecutivo. Por

consiguiente, según sus cuentas, a la fecha en que éste se realizó, el lapso prescriptivo ya había corrido con suficiencia.

2. La Corte disiente del pensamiento del actor. El protesto de un cheque no puede entenderse como un acto que permita predicar la utilización jurídica del título valor. Aunque es cierto que con este hecho el sujeto revela al mundo exterior su intención de ponerlo a circular en el tráfico jurídico, apenas se trata de un paso formal intermedio, sin consecuencias punitivas. Aunque el protesto -como bien lo afirma el actor- es una exigencia indispensable del título ejecutivo para iniciar un proceso del mismo tenor, ello no quiere decir que su realización, indefectiblemente, dé comienzo al juicio civil correspondiente. Bien puede suceder que el individuo no quiera seguir adelante con sus planes y quede el protesto como única manifestación de su voluntad. Como probablemente se observa, en este supuesto, el bien jurídico tutelado no sufrió menoscabo alguno ni tampoco, en algún momento, se puso en peligro o riesgo de lesionarlo. Simplemente, se ejecutó un acto preparatorio del ilícito sin ninguna trascendencia penal que justifique la intervención del derecho represor.

Es lo mismo que sucede cuando alguien adquiere un arma corto punzante para atentar contra la vida de otro o quien alquila un inmueble para cometer en su interior un ilícito (procesamiento de estupefacientes, secuestro, actividades subversivas, etc.) o quien realiza un croquis sobre un sitio para cometer un acto terrorista. No puede afirmarse que en cualquiera de estas hipótesis se da comienzo al hecho punible. Si ello fuere así, se estaría frente a un punible en grado de tentativa, y se harían objeto de reproche acciones equívocas que no entrañan un verdadero principio de ejecución, despropósito que merece el consiguiente rechazo.

Por consiguiente, estas acciones no poseen ni la autonomía ni la idoneidad requeridas para violar la normatividad penal. Para que ello suceda deben manifestarse otras actividades que por constituir actos de ejecución del delito, *per se*, tengan la capacidad de vulnerar los bienes jurídicos, objeto de protección por el Estado. Sólo entonces la conducta empieza a adecuarse a la descripción prevista en la ley. Con la realización de actos consumativos la acción típica está completa, corriendo a partir de este instante el término de la prescripción de la acción.

3. En el caso de la especie, el protesto de los cheques no puede considerarse como el principio de la conducta prohibida o como el momento de la exteriorización relevante del injusto. Pues, hasta este instante, no existía la certeza de que se iba a menoscabar la fe pública. Solamente hasta que dichos efectos de comercio fueron presentados como fundamento para instaurar un proceso ejecutivo es que puede predicarse que se usaron con fines delictivos. Es claro que el simple protesto no se constituía en un mecanismo idóneo para defraudar los intereses de los herederos. Por ello, bien hizo el Tribunal en iniciar el conteo prescriptivo únicamente desde la fecha de comienzo del referido proceso civil, pues sólo hasta este tiempo se dio inicio a la decisión firme de ejecutar la acción penalmente disvaliosa.

4. Así las cosas, y si se tiene en cuenta que para la época en que se profirió el vocatorio a juicio en contra del procesado aún no habían transcurrido los seis años que señala como sanción máxima el artículo 221 del Código Penal, dado que la demanda ejecutiva fue presentada el nueve (9) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979)

y el auto de proceder quedó ejecutoriado el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), es de ver que el Estado aún no había perdido su potestad punitiva para perseguir este delito.

5. No le asiste, pues, razón al accionante y por tanto, se declara la improcedencia de la acción de revisión impetrada.

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

RESUELVE:

Declarar la improcedencia de la acción de revisión impetrada contra la sentencia proferida contra Luis Ernesto Méndez Martínez por el Tribunal Superior de Bogotá, que lo halló responsable de los delitos de falsedad y estafa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

En firme, archívese el expediente.

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

Carlos A. Gaviria Londoño, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA

Aunque la ley no exige que expresamente se mencione si el error es de hecho o de derecho, y mucho menos que se diga la especie dentro de cada una de esas clases de error (de existencia, de identidad, etc.), si se tiene en cuenta que la sentencia judicial está cubierta por la doble presunción de acierto y legalidad, en aras de una mayor precisión, es bueno que el demandante indique en cada caso cuáles el yerro que arguye, porque de no hacerlo muy probablemente su alegato se saldrá de los linderos de la casación, para adentrarse en los predios de una impugnación ordinaria o de instancia./ Como hoy día rigen la lógica y la sana crítica para la evaluación de las pruebas; es decir, como la ley no prefija el valor de cada una de ellas, el antes llamado error de derecho por falso juicio de convicción no es de recibo en este caso. En el evento de que al apreciar un medio probatorio el juzgador rompa la lógica, la sana crítica incurriría, ahí sí, en un error, pero de hecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8437. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 104 nov. 10/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de diciembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó al procesado Aristarco Forero Buitrago a 10 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. Aproximadamente a las 9 de la noche del 29 de diciembre de 1991, Aristarco Forero Buitrago, quien se movilizaba en un taxi conducido por Gustavo Cortés, disparó su pistola calibre 22 sobre la cabeza del conductor del vehículo, al parecer por razones del pago de la carrera, ocasionándole la muerte. Esos hechos tuvieron ocurrencia frente al parque Simón Bolívar, por la calle 63 de esta ciudad.

Un carabinero que presenció cuando el agresor descendió del vehículo, dio aviso de ese hecho al CAI más próximo, cuyos policiales realizaron el operativo de rigor, capturando en un potrero cercano a Forero Buitrago, quien admitió ser el autor de la muerte del taxista y haber botado la pistola utilizada para ello. Al lado del capturado fueron encontrados 15 proyectiles y dentro del taxi 3 vainillas del referido calibre.

2. El Juzgado 48 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá abrió investigación y escuchó en indagatoria al sindicado en cuestión, quien negó enteramente los hechos, aduciendo que venía del parque El Salitre y se dedicaba a hacer una necesidad fisiológica cuando fue aprehendido. Tildó así mismo de mentiroso el informe policial que lo compromete en los vistos términos.

Se practicaron otras pruebas, entre ellas las declaraciones de los policiales Yesid Hernán Avila Samboní, Oswaldo Hurtado Roa y José Déiver Rivas Ríos, quienes efectivamente sostuvieron que el sindicado Forero Buitrago confesó ser el autor de la muerte del referido taxista (fls. 112, 115, 123).

Se dictó auto de detención respecto de Forero Buitrago por el delito de homicidio (fls. 44 y ss.), y se obtuvo, con fecha 16 de enero de 1992, la prueba de guantelete de parafina, la cual arrojó resultados negativos para el procesado (fls. 84 y ss.).

Cerrada la investigación, el sumario fue calificado por auto de 20 de marzo de 1992 con resolución acusatoria contra Forero Buitrago, por el aludido delito contra la vida. Apelado ese auto por el defensor del acusado, el Tribunal lo confirmó mediante el suyo de 26 de junio siguiente (fls. 7 y ss.-2).

El Juzgado 34 Penal del Circuito de esta ciudad celebró audiencia pública el 16 de septiembre de 1992 (fls. 188 y ss.-1) y con fecha 16 de octubre, en armonía con la acusación, profirió sentencia, por medio de la cual condenó al procesado 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 causados con su ilícita conducta.

Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal lo confirmó totalmente por medio del que ahora recurre en casación una apoderada designada para tal efecto (fls. 26 y ss.-2).

La Demanda

Dice el libelo: "La demanda invoca la causal violación de una norma de derecho sustancial, proveniente de un error en la determinación de la prueba en su apreciación".

Luego argumenta la censora: "De acuerdo con los estudios practicados a los guanteletes de parafina recibidos en el laboratorio, el resultado fue la reacción negativa para la presencia de nitrito y nitratos en los guanteletes tomados a las dos manos del señor Aristarco Forero Buitrago, con argumentos respetados pero jamás compartidos de que la prueba del guantelete en la actualidad no es técnicamente la última palabra y que por lo tanto se desecha la prueba" (fl. 59).

Critica la credibilidad que se dio a los policiales que conocieron del caso, y objeta la poca confiabilidad que mereció a los falladores la referida prueba técnica. "Es errónea la interpretación dada por el fallador y su superior -dice-, al desconocer una prueba que

ninguna autoridad competente, jurídica y científicamente ha calificado de ineficiente, de nula o inservible" (fl. 63).

Insiste el casacionista en que los policiales mienten y que no hay prueba para condenar al acusado, solicitando de esta manera, pues, que se lo absuelva.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal señala que el libelo de impugnación es "confuso y carente de técnica", pues no dice expresamente si la violación de la ley sustancial es directa o indirecta, ni tampoco menciona la clase de error en la apreciación del dictamen y de las declaraciones de los policiales y, finalmente, no alude a la norma sustancial violada.

Dice que de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, a la sana crítica debe acudirse para avaluar las pruebas, siendo entonces impertinente el ataque que a tal respecto hace la actora.

Indica que lo que hace la casacionista es oponer su criterio valorativo al del fallador, cosa no permitida, ante la doble presunción de legalidad y acierto que cubre el fallo judicial.

"Las faltas sustanciales y técnicas mencionadas en precedencia -dice la Procuraduría-, aunadas a la confusión conceptual que se aprecia en el planteamiento de la censura, dan lugar, en concepto de la Delegada, a que se rechacen los cargos y, en consecuencia, se permite sugerir a la honorable Corte no casar el fallo impugnado" (fls. 17 y 18 del cuaderno de la Corte).

Se considera:

1. Dispone el numeral primero del artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal (aplicable a este caso), que el recurso de casación procede:

"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."

Esa fue la causal que adujo la casacionista (fls. 61-2), aunque no mencionó cuál era la norma sustancial violada y el concepto de su transgresión. Tal como lo exige expresamente la ley, es necesario que los casacionistas hagan tales precisiones para una mejor comprensión de la demanda. Si ésta se circunscribe a un caso de homicidio (como es el presente), implícitamente se está refiriendo al artículo que tipifica ese delito (323 C. P.), mas por las anotadas razones legales de claridad, es lo mejor hacer patente la nomenclatura respectiva, sobre todo cuando en la sentencia se ha dado aplicación a varios preceptos sustantivos, y por ello no es posible saber a cuál o cuáles de ellos se refiere el actor.

2. En cuanto a la especie de error, dígase que aunque la ley no exige que expresamente se mencione si éste es de hecho o de derecho, y mucho menos que se diga la especie dentro de cada una de esas clases de error (de existencia, de identidad, etc.), sí se tiene en cuenta

que la sentencia judicial está cubierta por la doble presunción de acierto y legalidad, en aras de una mayor precisión es bueno que el demandante ubique en cada caso cuál es el yerro que arguye, porque de no hacerlo muy probablemente su alegato se saldrá de los linderos de la casación, para adentrarse en los predios de una impugnación ordinaria o de instancia.

3. Es manifiesto el libelo impugnador al señalar que no comparte los argumentos que se dieron para tener como inane el dictamen de balística que no encontró nitritos ni nitratos en las manos del procesado.

Como hoy día rigen la lógica y la sana crítica para la evaluación de las pruebas; es decir, como la ley no pretija el valor de cada una de ellas, el antes llamado error de derecho por falso juicio de convicción no es de recibo en este caso. En el evento de que al apreciar un medio probatorio el juzgador rompa la lógica, la sana crítica, incurriría, allí sí, en un error pero de hecho.

Del modo como abordó el juzgador el estudio de la referida probanza, se desprende nítidamente que no se está en presencia de un tal yerro. Para mayor abundamiento en el punto, véase lo que se dijo al respecto a lo largo del proceso:

a) Cuando llegó el dictamen de guantelete de parafina, el defensor pidió la revocatoria del auto de detención. No accedió a ello el Juzgado 98 de Instrucción Criminal, por estas razones:

"La prueba de guantelete de parafina, al contrario de lo pensado por la defensa, no puede tomarse como prueba según la cual indefectiblemente se deba concluir que su patrocinado no disparó arma de fuego alguna momentos antes de su retención y que por lo tanto no fue el autor de los disparos que ocasionaron el homicidio investigado. En efecto, a esta pericia no se le otorga hoy en día mayor valor probatorio, sino que por el contrario pudiera tener un ligero valor de indicio, no obstante haber sido rechazada como medio probatorio por la casi totalidad de estamentos investigativos a nivel mundial" (fl. 107-1).

A renglón seguido citó el Juzgado varios libros, dentro de los cuales está el de Thelmo Echeverry Gómez (tercera edición, Edit. Temis, Bogotá, 1980), según el cual (págs. 93 y ss.) se ha comprobado que no obstante haber acabado de disparar una persona, el examen referido puede dar resultados negativos;

b) En el auto de acusación de primer grado se reiteraron esos planteamientos (fl. 164), y en el del Tribunal se lee: "Respecto a la prueba técnica de guantelete de parafina, a mas de lo dicho por el instructor, cabe agregar que la ineficacia de este medio probatorio la está demostrando precisamente el dicho del procesado, pues si reconoce haber disparado esa tarde un arma de fuego, mal puede predicarse que el resultado negativo demuestre inequívocamente que no hubiese disparado con antelación, y en realidad mediante múltiples métodos de fácil aplicación como succión bucal, plastilina o limpiatipos, esperma, jabón húmedo, etc., es posible sustraer las partículas de pólvora que puedan haber quedado en la mano de quien disparó, y máxime cuando las armas modernas reducen a un mínimo la cantidad de pólvora que pueda salir del arma a las manos del accionante" (fls. 13-2);

c) En las sentencias de instancia se reiteraron esos planteamientos (fls. 226-1 y 36-2).

Frente a esas apreciaciones científico-jurídicas mal puede dársele valor a la simple alegación de la casacionista de que no comparte las mismas. En verdad, en el libelo no se ve ninguna contradicción seria a los referidos argumentos de los juzgadores, razón de suyo bastante para que semejante cargo no pueda prosperar.

4. Menos cabida puede tener el discurso revelado en la demanda en relación con los testimonios de los policiales que intervinieron en la captura del procesado Forero Buitrago, quienes -se recuerda- coinciden en afirmar que aquél confesó la autoría del homicidio y haber botado el arma con la cual lo cometió: contentarse con tachar las tres declaraciones mencionadas de mentirosas es procedimiento ni siquiera de recibo en las impugnaciones ordinarias.

No tiene éxito, pues, 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.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS / INDAGATORIA

El legislador no ha querido que la aplicación del artículo 31 de la C. Política, sin excepciones, o sea, que la segunda instancia, en ninguna ocasión podrá hacer más gravosa la situación de condena señalada por la primera instancia, y con visible lógica apenas pretende la inmodificabilidad del fallo cuando contra éste el único que se alza es el sentenciado (o grupo de sentenciados) o su defensor. La posición resulta bastante comprensible, pues si la protesta sólo aparece a expensas de esta persona o personas, no resulta comprensible que haya recurrido la decisión para empeorar su compromiso. Pero por lo mismo que él no es el dueño absoluto de la decisión ni a él se reducen sus posibles consecuencias, ya que en el proceso intervienen otros sujetos (Ministerio Público, parte civil, Fiscalía), surge como necesidad el equilibrar los derechos de estos participantes y garantizar sus legítimas pretensiones. De ahí, entonces, que si la apelación aparece como acción propia de estas otras personas, que procuren mudar en condena lo que fue absolución, o que se agrave o intensifique una pena, o se elimine el subrogado penal, el funcionario de conocimiento en la segunda instancia no está limitado por ese canon constitucional, el cual es diáfano en restringir su aplicación para el evento de ser el procesado apelante único, entendiéndose por apelante no sólo la unidad sino la pluralidad de quienes pueden ostentar esta condición procesal. Y lo anotado se extiende íntegralmente y con mayor rigor cuando el fallo debe consultarse. / El procedimiento penal no supedita la verificación de la indagatoria a que el abogado por contratación esté en condiciones de actuar y actúe, menos cuando ni siquiera aquél se toma la diligencia y hasta la cortesía de comunicar algún contratiempo que le impida, dificulte o retarde esa representación. La normatividad permanente establece soluciones y una de ellas es proveer al procesado de su defensor de oficio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7422. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 103 nov. 9/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos noventa, emanada del Tribunal Superior de

Orden Público (hoy Tribunal Nacional), mediante la cual impuso a Luis Felipe Losada López, y otros, veinticinco (25) años de prisión, así como las accesorias pertinentes, por los delitos de secuestro extorsivo, porte ilegal de armas de defensa personal y uso de uniformes y prendas militares.

La impugnación se introdujo y concretó oportunamente (diciembre 11/91 -fl. 113-), y la demanda presentada en favor de Losada López se admitió en proveído de catorce de diciembre de mil novecientos noventa y dos, después de correr el correspondiente traslado a los demás sentenciados recurrentes y no recurrentes, lo cual explica la dilatación de este trámite ante la Corte. Conviene advertir que en el último citado auto se declaró desierta la casación para Holger Barbosa Castro, Efraín Ochoa Pinzón y José Dunes Díaz Montenegro.

Hechos

El día trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, Ramón Ignacio Díaz, en compañía de su hijo el abogado Jesús Díaz Calderón, se dirigía a su finca La Carolina, situada en jurisdicción de Bosconia (Cesar), cuando fue interceptado por un grupo de personas que portaban armas de fuego y algunos aparecían con prendas de la policía nacional, impidiéndoles toda reacción, pese a que portaban instrumentos de defensa adecuados. Desde ese momento tomaron cautivo al doctor Díaz Calderón y empezaron a exigir como rescate una muy considerable suma de dinero. El señor Díaz Cortés, en un principio, se mostró remiso a colaborar con las autoridades, pero a la postre éstas intervinieron, y con buen éxito (se logró, el 8 de enero siguiente, la liberación del secuestrado, la muerte de tres secuestradores y la captura de buena parte de los restantes intervinientes en la delictuosa conducta), después de la entrega de unos dieciocho millones de pesos y la exigencia de nuevas sumas, pues se invocaba que lo primeramente entregado no había llegado a manos de "tan audaces y peligrosos delincuentes".

Trámite

De él resumen de éste lo hace la Fiscalía Primera del Tribunal de segunda instancia, así:

"El Juzgado Segundo de Orden Público de la ciudad de Valledupar declaró abierta la correspondiente investigación mediante auto visible a folio 110, teniendo como base los diversos informes rendidos por las autoridades policiales que tuvieron a su cargo las labores de indagación previa.

"Entre las diligencias puestas a disposición del Juzgado, se hallan las versiones libres rendidas por José Duny Díaz (fl. 65) y Javier Cáceres (fl. 70), quienes en tales diligencias rendidas con el lleno de todos los formalismos legales confiesan plenamente su condición de miembros de la banda criminal, su participación en el secuestro de Díaz Calderón y señalan a los demás integrantes del grupo de plagiarios.

"Recepcionadas las indagatorias de los sindicados capturados (fls. 128 a 179), éstos se limitan a negar cualquier vinculación con los hechos investigados, aprovechando Cáceres para retractarse de sus aseveraciones iniciales con el conocido expediente de haber sido torturado por las autoridades que lo interrogaron (fl. 132), circunstancia ésta desmentida por su mismo apoderado (fl. 149).

"El Juzgado Segundo de Orden Público resuelve la situación jurídica de los indagados (fl. 272), y en sensato análisis tanto de los elementos probatorios traídos al proceso como de la adecuación jurídica que debe dárseles a las conductas de los sindicados, profiere en su contra detención preventiva, considerándolos presuntos autores de los delitos de secuestro extorsivo, uso y tenencia de prendas militares y porte de armas de defensa personal. La medida de aseguramiento cobija a Luis Felipe Losada López, Juan Eudes Virgilio Ochoa Ramírez, José Duny Díaz Montenegro, Víctor Julio Hurtado León, Félix María Ortega Pérez, Javier Cáceres, Holger Barbosa Castro y Efraín Ochoa Pinzón.

"En el mismo proveído se libra orden de captura, por existir mérito probatorio para ello, contra Edgar Durán, Edgar Trillos, Euler Hernández Jiménez (a. Julio) y Misael Peña Losada (a. Richard).

"Edgar Durán, Edgar Trillos, Euler Hernández Jiménez y Misael Peña Losada son emplazados mediante edicto fijado el 7 de marzo de 1990 (fl. 335), son declarados personas ausentes mediante auto de marzo 14 del año en curso (fl. 336) y el Juzgado profiere en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, medida que en esta oportunidad no cobija a Misael Peña Losada, o Lázaro

"Con auto de abril 30 de 1990 el juzgado considera llenos los requisitos de ley para proferir medida de aseguramiento contra Jesús Ramón Rincón (a. Moncho), quien había sido emplazado y declarado persona ausente (fls. 437-442).

"Mediante diligencia de Inspección Judicial (fl. 446), se constató que las armas decomisadas a algunos de los sindicados son de defensa personal

"En similar diligencia (fl. 285) se constató que los uniformes decomisados a Luis Felipe Losada López son de uso privativo del Ejército Nacional.

"Ordenado el traslado a las partes para alegatos de conclusión (fl. 568), el agente del Ministerio Público, en lacónico concepto (fl. 578), solicita fallo condenatorio contra todos los procesados por el delito de secuestro extorsivo. Solicita condena para Luis Felipe Losada por violación al artículo 19 del Decreto 180 de 1988 y contra Víctor Julio Hurtado León y Efraín Ochoa Pinzón por el uso indebido de armas de defensa personal. Por su parte, los apoderados de los sindicados hicieron uso del traslado respectivo, invocando para sus poderdantes una decisión judicial favorable".

El citado Tribunal Superior de Orden Público, como ya se tuvo ocasión de señalarlo, aumentó la pena a veinticinco (25) años de prisión, y ello cobijó a Losada, a Juan Eudes Virgilio Ochoa Ramírez, Javier Cáceres, José Duny Díaz Montenegro, Holger Barbosa Castro, Víctor Julio Hurtado León, Félix María Ortega Pérez y Efraín Ochoa Pinzón.

La Demanda

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente de un precepto como el art. 31 de la C. Política, que impedía agravar la pena impuesta por el juzgador de la primera instancia.

Se alude también, con base en el art. 29 *ibidem*, al quebranto del principio de favorabilidad de la ley permisiva.

Segundo cargo. Inexistencia de la indagatoria, pues la recepcionada a Losada López no responde a los dictados de ley, de donde se afirma la preterm isión de las formas sustanciales del debido proceso y en consecuencia el quebrante del artículo 29 de la C. Política.

Y al respecto se comenta:

"Veamos pues que a folio 159 al 161 del c. o. aparece la diligencia de indagatoria del señor Luis Felipe Losada López y después de identificarlo se le hace saber el derecho que tiene de nombrar un apoderado, para lo cual manifestó que nombra al doctor Ramiro Orozco, para que lo asista durante todo el proceso y quien encontrándose presente aceptó el cargo.

"...Y se identificó con la cédula de ciudadanía número (...) de (...) y exhibió la T. P. (...) del Ministerio de Justicia. Seguidamente el señor Juez, por ante su secretaria (e), procede a darle posesión del cargo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 153 y 154 del C. de P. P. y 137 *ibidem*, quien juró cumplir bien y fielmente con los deberes que dicho cargo le impone..." (folio 159 del c. o.).

"Queda así ampliamente demostrado que el procesado Luis Felipe Losada López no tuvo apoderado judicial en esta indagatoria.

"El famoso doctor Ramiro Orozco nunca estuvo presente en esta diligencia.

"De donde tantas mentiras y falsedades del señor Juez, Blas Almanza Martínez, quien manifestó en esta injurada haberle dado posesión del cargo y si el Profesional del Derecho nunca estuvo presente. Y si esto fue así, ¿quién fue el que juró cumplir bien y fielmente con los deberes que dicho cargo le impone?

"Y no cuesta trabajo hacer el menor experimento al respecto si miramos el folio número 160 donde claramente se lee: ... *En este estado de la diligencia luego de haber sido suspendida por más de una hora, sin que el Defensor designado haya comparecido, el Despacho procede a designarle Defensor de oficio para esta diligencia. Preguntado: Al ser capturado que le fue decomisado a usted contestó:...* (el destacado es mío)".

Para el recurrente se ignora "cómo se llama el abogado de oficio... qué documento de identificación tiene... dónde reside... es abogado titulado... fue posesionado... aceptó el cargo... fue juramentado por el juez".

Y se concluye de la siguiente manera:

"En la declaratoria de nulidad se afectan la estructura y las bases fundamentales del proceso, que no pueden ser corregidas sino a través de rehacer la actuación. Esto solamente tiene aplicación cuando la irregularidad procesal es grave y configura base fundamental sobre la cual se estructura la legalidad del proceso. Un acto procesal puede ser inexistente y no constituir fundamento en el proceso. Pero cuando ese acto procesal inexistente configura un elemento estructural para salvaguardar el debido proceso, se convierte en una irregularidad sustancial, como es el caso de la injurada que se le debe recepcionar a una persona para que adquiera la calidad de sujeto procesal. Luis Felipe Losada López fue capturado y puesto a disposición del Juzgado Segundo de Orden Público de Valledupar el día 18 de enero de 1990, se le recepcionó la supuesta injurada;

y como se explicó anteriormente, este acto resultó ser inexistente por la inobservancia de los requisitos formales para su validez. Lo anterior quiere decir que si el acta de la injurada es inexistente, quiere decir que Luis Felipe Losada López no ha sido vinculado legalmente al proceso y sobre esta situación jamás podría ser juzgado y menos condenado, como lo hizo el señor Juez Segundo de Orden Público de Valledupar (Cesar) y posteriormente lo confirmara y además lo agravara el honorable Tribunal Superior de Orden Público. Con esta situación tan irregular se violó también el artículo 1° del C. de P. P. Porque no se lo ha vinculado en legal forma al sumario, ante la inexistencia del acta de indagatoria y con ello no se observó plenamente esta forma propia del debido proceso (artículo 29 de la actual Carta Magna)".

Respuesta de la Sala y opiniones del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Primera censura. Resulta muy simple responder a esta inicial objeción, pues el demandante, no se sabe si de propósito o por desconocimiento del tema, no plantea integralmente la cuestión. Aquél entiende y pretende que se visualice así el tema, la aplicación del citado art. 31 de la C. Política, sin excepciones, o sea, que la segunda instancia en ninguna ocasión podrá hacer más gravosa la situación de condena señalada por la primera instancia. Pero el legislador no ha querido tal resultado y, con visible lógica, apenas pretende la inmodificabilidad del fallo cuando contra éste el único que se alza es el sentenciado (o grupo de sentenciados) o su defensor. La posición resulta bastante comprensible, pues si la protesta sólo aparece a expensas de esta persona o personas, no resulta comprensible que haya recurrido la decisión para empeorar su compromiso. Pero por lo mismo que él no es dueño absoluto de la decisión ni a él se reducen sus posibles consecuencias, ya que en el proceso intervienen otros sujetos (Ministerio Público, parte civil, fiscalía), surge como necesidad el equilibrar los derechos de estos participantes y garantizar sus legítimas pretensiones. De ahí, entonces, que si la apelación aparece como acción propia de esas otras personas, que procuren mudar en condena lo que fue absolución, o que se agrave o intensifique una pena, o se elimine el subrogado penal, el funcionario de conocimiento, en la segunda instancia, no está limitado por ese canon constitucional, el cual es diáfano en restringir su aplicación para el evento de ser el procesado apelante único, entendiéndose por apelante no sólo la unidad sino la pluralidad de quienes pueden ostentar esta condición procesal. Y lo anotado se extiende integralmente y con mayor rigor cuando el fallo debe consultarse.

En el caso examinado, el fiscal de la primera instancia recurrió el fallo, aunque conviene advertir que su protesta no estaba encaminada a endurecer la represión de Losada, pues en su alegación prevía a la sentencia -fl. 580- apenas se refirió como conducta propia de este procesado la "tenencia de uniformes de uso privativo de las fuerzas militares", concepto admitido por el juzgador.

En el caso examinado, el fiscal de primera instancia recurrió el fallo, sin poderse acertar cuándo fue más desacertado, superficial y confuso, si al presentar la alegación prevía a la sentencia -fls. 578 y ss.- o al sustentar su impugnación -fs. 684/685-. Conviene detallar un poco esta doble posición:

a) A Javier Cáceres y José Duny Díaz los señaló como coautores en el secuestro extorsivo, pero dignos de "rebaja de pena por haber colaborado eficazmente con la investigación", insinuación esta última que el juzgador repudia abiertamente para Díaz,

pero a la postre le impone a éste una pena igual (17 años de prisión) a la de Cáceres. Ya en el escrito relacionado con la impugnación anota: " ...lo que no comparto es que se le haya reconocido a Javier Cáceres la eximente de punibilidad consagrada en el artículo 6º del Decreto 2490/88, sino una disminución de la pena lo mismo que a José Duny Díaz Montenegro, quien en cierto modo también colabora con la investigación que concluyó con la captura de los demás plagiarios...";

b) Respecto de Losada, recomendó la condena por tenencia de uniformes de uso privativo de las fuerzas militares y así resultó la decisión;

c) Para Víctor Julio Hurtado y Efraín Ochoa, propuso, y fue atendido, una condena por uso ilegal de arma de defensa personal. Refiriéndose a Félix María Hurtado (sic), anota que "fue reconocido como la persona que recibió los 10 millones de pesos como parte de la recompensa para la liberación de su descendiente". Pero, en la fundamentación de la alzada, escribe: "A los señores Víctor Julio Hurtado, Félix María Ortega y Efraín Ochoa Pinzón los responsabiliza del porte de arma de defensa personal (artículo 1º del Decreto 3660/1986), condenándolos a un (1) año de prisión, otorgándole a la vez el beneficio de excarcelación, de acuerdo con lo dicho literalmente en el artículo 3º del Decreto 3664 de 1986. Dejando pasar por alto la participación que estos tuvieron en el secuestro, como se demostró, lo que sí no fue posible esclarecer fue si no participaron, en las pruebas arrimadas a las sumarias, los están más bien señalando como autores que directa e indirectamente intervinieron en este detestable delito, cual es el de la privación de la libertad de una persona de esa forma";

d) También asintió a la condena de Juan Eudes Virgilio Ochoa y Holger Barbosa Castro, y

e) Como criterio residual destaca: "A las personas declaradas ausentes por no haber sido posible oírlas en indagatoria, fueron absueltas en su totalidad, decisión ésta que a mi parecer fue muy acelerada, no se hizo un estudio detallado de su complicidad, ya que éstas están siendo sindicadas directamente por los demás procesados, incluso hubo enfrentamientos entre algunos de ellos con la Policía cuando trataron de retenerles, según lo dicho por Díaz Montenegro".

"Viendo así las cosas, esta Agencia Fiscal considera que hubo por parte del señor Juez una ligereza quizás involuntaria, en absolver a algunos de los implicados en el secuestro de Díaz Calderón, cuando realmente se comprobó a través de la investigación que todos los sindicados tuvieron que ver en el delito de secuestro y unos en la tenencia de uniformes de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y porte ilegal de armas de defensa personal".

No está, pues, en la actitud apelante del criticable fiscal de primera instancia el argumento de mérito, como erradamente lo da a entender el Ministerio Público ante la Corte, para legitimar la competencia del Tribunal en lo referente a los aumentos de pena que determinará en el fallo, involucrando a todos los procesados sujetos a condena dentro de un fenómeno de coautoría en el secuestro extorsivo, porte ilegal de armas de defensa personal y uso de uniformes y prendas militares.

Lo que importa y de manera decisiva es lo atinente a la consulta del fallo de primera instancia. En el caso examinado, la sentencia de primera instancia estaba sometida a ese

grado de jurisdicción, el mismo que facultaba al Tribunal para introducir las modificaciones punitivas que estimara pertinente, pues para la fecha en que aquélla se pronunció, como bien lo recuerda el Ministerio Público ante la Corte, ese instituto procedimental se regulaba así:

"1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento cuando el delito por que se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades de estado de sitio de la emergencia económica o de delitos cuya investigación se atribuya por el Ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional..." -art. 210 del C. de P. P. anterior, reforma del Decreto 1861/89, artículo 14- y el actual estatuto lo disciplina del siguiente modo en su artículo 206: "Providencias Consultables. Son consultables, cuando contra ellas no se hubiera interpuesto recurso de apelación las siguientes providencias:

"3. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento cuando el delito por que se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades de Estado de sitio de la emergencia económica o de delitos cuya investigación se atribuya por el Ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional.

"El procesado fue condenado por violación al Decreto 180 de 1988, o "Estatuto para la Defensa de la Democracia", que fue creado en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República al decretarse el estado de sitio, razón por la cual la sentencia del Juzgado de Orden Público, independientemente de que hubiese sido recurrida por el condenado como apelante único, tenía a la vez grado jurisdiccional de consulta ante el Tribunal Superior de Orden Público".

Existían, pues, dos salvedades para inhibir la incidencia del artículo 31 de la C. Política: apelación del fiscal que inicial y aparentemente daba esa atribución, y, en definitiva, su consultabilidad, que imponía la revisión del fallo, por parte del Tribunal, con plenas facultades punitivas. Y así las ejerció cabalmente.

2. *Segunda censura*. La nulidad de carácter constitucional que a este respecto se invoca está edificada sobre una no muy fiel verificación de la realidad procesal, concretamente de la diligencia de indagatoria, y menos todavía de la interpretación que procede para esa comprobación.

Lo que a continuación va a escribirse aparece pormenorizadamente expuesto por la Delegada.

El doctor Ramiro Orozco fue designado como abogado de confianza para intervenir como defensor en la indicada actuación. Pero no estaba presente cuando se le nominó como tal y se ignora si quien era objeto de indagatoria había contactado previamente a este profesional para este efecto, comprometiendo su oportuna asistencia, aunque es dable pensar que lo hiciera, esto es, que se avisara este propósito, pues nada se hace, en este sentido, si antes no se establece un acuerdo profesional al respecto. Se desconoce qué le pudo ocurrir al doctor Orozco, pero éste no compareció, así se le esperará para permitirle al procesado contar con esta calificada asesoría. Pero el procedimiento penal

no supedita la verificación de la indagatoria a que el abogado por contratación esté en condiciones de actuar y actúe, menos cuando ni siquiera aquél se toma la diligencia y hasta la cortesía de comunicar algún contratiempo que le impida, dificulte o retarde esa representación. La normatividad pertinente establece soluciones y una de ellas es el proveer al procesado de su defensor de oficio, papel éste que cumplió el doctor Gallardo Castro Aragón (a máquina, antes de se firmara, aparece escrito: "El Defensor de Ofic." -fl. 161-), diligencia, a la cual, para mayor seguridad y protección, como aconteció con las otras injuradas, también concurrió el doctor Armando Araújo Baute como agente de la fiscalía.

Una circunstancia simplemente mecánica (como el procesado dijo contar con defensor de confianza -doctor Ramiro Orozco-, se procedió a insertar lo pertinente, confiando en la aparición del escogido, pero como éste no llegó, se mantuvieron en beneficio de la autenticidad los espacios en blanco dejados al respecto: cédula de ciudadanía, tarjeta profesional; pero al pasar el tiempo prudencial de aparición, no se dio comienzo a otra diligencia sino que se continuó con la misma, pero ya con el defensor de oficio doctor Gallardo Castro Aragón, quien la rubrica sin objeción alguna, lo cual, unido a la presencia del fiscal, doctor Armando Araújo Baute, que tampoco censuró nada, termina por establecer la corrección del procedimiento cumplido -fs. 159/161-.

Posteriormente el doctor Orozco recibió poder de Félix María Pérez -fs. 171 y 173 y también de Losada López -fl.174- y a él se le notifica el auto que resolvió la situación jurídica de los comprometidos -fl. 280 vto.-, el mismo que a fl. 352, a nombre de Losada, solicita la práctica de inspecciones judiciales, actuando al menos en la de fs. 350/351. También deprecó pruebas en favor de Félix Ortega -fl. 420- y alega de fondo a fs. 601 y ss., sin que aparezca, en pasaje alguno de esta dilatada presencia procesal, un apuntamiento para descartar la indagatoria o para señalar contra ésta situación distinta de la que se deja consignada.

Lo sucedido, en estas específicas circunstancias, hace ver el comportamiento procedimental como apegado y respetuoso de la preceptiva legal -arts.132, 133 y 380; hoy 141, 142 y 358 C. de P. P.-, sin que pueda objetarse su realización. Pretensión distinta es tratar de negar una incuestionable realidad y de introducir dudas, deficiencias, interpretaciones que no vienen al caso y no ofrecen motivo de consideración.

Sobre las demás observaciones consignadas en la demanda, muy secundarias y que no llegan a exhibir la trascendencia que se les adjudica, la Delegada replica en forma muy certera lo que se transcribe: "...si se quiere circunscribir el tema al hecho de que no se le juramentó, que no se indicó su nombre en el cuerpo de la diligencia de indagatoria, y a que la referencia al defensor de confianza quedó en blanco, en criterio de esta Delegada, ello es apenas formal, y no puede prevalecer ante el hecho demostrado de que hubo un abogado titulado en la defensa del imputado. Concuerda este aspecto con el principio de la finalidad buscada por el procedimiento que da prevalencia al 'derecho sustancial sobre el adjetivo'. Aquí sí hubo un abogado defensor, y las irregularidades formales no pueden hacer nugatorio ese hecho.

"Por otra parte, el señor Representante del Ministerio Público, doctor Armando Araújo Baute, con su presencia dentro de la indagatoria garantizó que la misma se hubiese efectuado sin que se presentase irregularidad sustancial alguna.

"Considera el demandante en su libelo que para subsanar el error garrafal, firmó la diligencia un señor Gallardo Castro Aragón, quien en concepto de la defensa no apareció por ninguna parte dentro del transcurso de la diligencia de indagatoria.

"Esta afirmación que se hace no encuentra demostración en los autos, porque, como se ve de la diligencia, ésta fue firmada no sólo por el defensor, sino igualmente por el representante del Ministerio Público, quien en caso de haber existido alguna irregularidad, así debió haberlo indicado, y, dentro de la misma diligencia, y a lo largo del proceso, no aparece indicación alguna en este sentido. *Contrario sensu*, dentro de la diligencia de indagatoria consta que la misma se suspendió por más de una hora, para poder realizarla hasta tanto se hiciese presente el defensor y así poder llevar a cabo la misma, lo que no tiene sentido para pretermitir la defensa técnica a continuación".

Hay aspectos tan inocuos, que, aun existiendo, no invalidan un diligenciamiento de esta categoría; otros que, por las atestaciones, no se pueden valorar del modo pretendido por el casacionista y que para poder negarles el grado de demostración que exhiben sería necesario contar con una prueba respetable y en el sentido que se puntualiza en la impugnación extraordinaria.

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 el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Cuando se trate de penetrar la sentencia de condena con el expediente de exponer un personal criterio y de interpretar unos medios probatorios de manera subjetiva, la argumentación del demandante no encuentra supremacía, pues la del juzgador sigue prevaleciendo, por estar acompañada su decisión de la doble presunción de acierto y legalidad. Lo que compete es demostrar yerros ostensibles, distorsiones imperdonables, ausencia de sana crítica, etc.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8194. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 104 nov. 10/93.

Santafé de Bogotá. D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos, terminó por imponer a Marco Efraín Suárez Mejía, trece (13) meses de prisión, por el delito de fraude procesal, y absolverlo por el de falsedad en documento privado. Por ambos delitos se exoneró a Elvia Rosa Villalobos Ramos.

Ahora, previa la interposición oportuna y procedente del recurso de casación, así como el haberse cursado la correspondiente demanda, se define esta extraordinaria impugnación.

Hechos

Se recuerda, al respecto, lo que escribiera el Tribunal:

"Motivó el presente proceso la denuncia que formulara Sara del Carmen Malpica de Garzón, según la cual su hermano Arsenio Malpica, por el año de 1987, le sirvió como

hador es un préstamo que ella obtuvo en la Caja Social de Ahorros, por suma superior a un millon de pesos; que en virtud de ello su consanguíneo le solicitó le otorgara una garantía y ella accedió firmándole una letra en blanco, acto que llevaron a cabo en la Loncheria Claudia y cuando solamente se encontraban los dos, instrumento que dice Arsenio guardó en su billetera; que no obstante lo anterior Arsenio, en virtud de grave enfermedad fue internado en el Hospital Militar, esto en el mes de febrero de 1989 y que como ella se percatara que se hallaba en estado de coma, indagó por el paradero de la letra a su sobrina Leonor Malpica, a quien a su vez le comunicó que por ese concepto nada debía, pero sin que obtuviera la correspondiente devolución.

"Se agrega que en forma inexplicable esa letra, en el mes de mayo de 1989, apareció totalmente escrita a máquina por la cantidad de ochenta mil pesos, lo que dio lugar a que se les iniciara proceso ejecutivo e incluso con embargo de sus bienes; se aclara que se colocó como fecha el año de 1985 y se enfatiza cómo la giradora a nadie autorizó para el llenado de los espacios en blanco, más cuando se trataba de una deuda inexistente. Finalmente se aduce que este título contiene un endoso supuestamente ejecutado por el hermano pero sin que la firma corresponda a la por él utilizada en los diferentes actos, la que pudo haber sido falsificada, ya que la fecha de la demanda ejecutiva es del diez de mayo de 1989, época para la cual Arsenio se hallaba en estado de coma, persona que vino a fallecer el día 27 del mismo mes y año".

Sinopsis Procesal

La Delegada Primera en lo Penal la expresa del siguiente modo:

"Instaurada la denuncia penal, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación, vinculando mediante indagatoria a Elvia Rosa Villalobos Ramos, Néstor Fernando, Jairo Arsenio, María Leonor y Blanca Silvia Malpica Zúñiga, así mismo la del abogado Marco Efraín Suárez Mejía, en atención a considerarlos como los posibles autores de falsedad en documento privado y fraude procesal.

"Practicadas las pruebas pertinentes, se dispuso el cierre de la investigación, profiriéndose la calificación del sumario decretándose cesación de procedimiento de todos los hermanos Malpica Zúñiga.

"Se practica prueba grafológica y al tenor de las declaraciones de María Columna Malpica, Denice Garzón de Malpica y Manuel Antonio Garzon, se deduce que efectivamente la letra sí fue firmada en blanco y que posteriormente fue llenada sin la autorización de Sara. Se atribuye la realización de estas conductas a Elvia Rosa Villalobos, quien conviviera por más de 10 años con Arsenio Malpica, y al abogado Marco Efraín Suárez Mejía, quien recibió el instrumento y quien a la luz de la prueba grafológica practicada, fue quien elaboró el endoso y lo firmó por Arsenio, sin contar previamente con autorización legal para ello.

"Realizada la audiencia pública y solicitado por la defensa, se decretará la nulidad de lo actuado por no haberse interrogado a Suárez Mejía sobre la autoría en cuanto a la elaboración del texto de la letra, al proferirse sentencia, el juzgador se ocupa primeramente de la nulidad solicitada y la descarta y resuelve absolver a Marco Efraín Suárez Mejía por el delito de falsedad en documento privado y lo condena por el delito de fraude procesal,

imponiéndole la pena principal de 13 meses de prisión, las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, al pago de los perjuicios materiales a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia en una suma equivalente en moneda nacional a 5 gramos oro, le concede el beneficio de la condena de ejecución condicional y absuelve a Elvia Rosa Villalobos Ramos por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

"Apelada la decisión de primera instancia, y desatado el recurso por el Tribunal, confirmó los ordinales 1°, 2°, 3°, 6° de la sentencia apelada y modificó el ordinal 4° en el sentido de condenar a Marco Elraín Suárez Mejía a indemnizar a favor de la denunciante por concepto de daños materiales y morales, en sumas equivalentes a 3 y 2 gramos oro respectivamente y negó la indemnización fijada a órdenes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

"El defensor de Suárez Mejía interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal; concedido el recurso, es declarada ajustada a derecho la demanda de casación presentada".

La Demanda

Primer cargo. Se invoca el artículo 220-1 del C. de P. P.

Sobre el particular se destaca:

a) El Tribunal se muestra dubitativo sobre el comportamiento en que funda el fraude procesal porque, en un aparte, lo concreta en "la firma del endoso con el agregado del número de la cédula", y, en otro, en "los términos del endoso, ni siquiera en el endoso en sí mismo considerado, sino los términos en que fue redactado, lo que quiere decir que si se hubiera redactado en otros términos, no hubiera sido causa de error";

b) Al negar el Tribunal el estado de necesidad en cabeza de Suárez Mejía, lo hizo en la creencia de que éste se planteó como situación propia suya cuando en realidad éste contaba para la Villalobos, pero en igual sentido lo asumió el procesado "con fines altruistas y ante la miseria que agobiaba a la compañera permanente de Arsenio Malpica, Elvia Rosa ...y sus menores hijos";

c) En el rechazo de la buena fe que inspiró la conducta de Suárez, el Tribunal desconoce algo cierto, o sea, haber creído a la Villalobos que "su amigo Arsenio Malpica le pedía el favor de que le cobrara esa letra, y que como él se encontraba incapacitado físicamente para hacerlo, que la endosara y firmara por él ese endoso";

d) "En relación con la culpabilidad se hace consistir ésta únicamente en el hecho de haber puesto el endoso, en la forma en que fue puesto, así como en la firma con el agregado de la cédula de ciudadanía del beneficiario; es decir, parte de la base de la relación de causalidad material, sin tener en cuenta si existe o no el nexo de causalidad subjetiva", desconociéndose, en el procesado, que "no tuvo ni la intención ni el deseo ni mucho menos la voluntad de engañar a la justicia, sino que movido por la creencia en lo que le decía Elvia Rosa Villalobos en relación con el cobro de la letra y el préstamo del dinero, este último que se pagaría con el producto de la letra, hizo el endoso y presentó la letra para su cobro por la vía judicial".

La censura se remata anotando: "En el caso del doctor Marco Efraín Suárez Mejía, si bien es cierto que él escribió el endoso, puso su firma y el número de la cédula de ciudadanía del beneficiario, y presentó la demanda ejecutiva, ¿quiso con ello inducir en error al funcionario? De ninguna manera honorables Magistrados, porque todo indica que ese endoso y esa firma las puso para poder prestarle el servicio que le pedía su amigo enfermo e imposibilitado, y si además presentó la demanda para con el producto de la obligación que así se cobraba recuperar el dinero que con base en esa letra le había entregado a Villalobos para que tanto ésta como sus menores hijos, hijos también del beneficiario de la letra, pudieran calmar en algo sus extremas necesidades de subsistencia, y si así lo hizo no podemos decir que su comportamiento estuviera encaminado ni mucho menos su voluntad a inducir en error al funcionario, de ninguna manera, y lo contrario, es caer, como cayó el honorable Tribunal, en un clásico caso de responsabilidad objetiva".

Segundo cargo. Con el mismo apoyo jurídico, se plantea un error de hecho en la apreciación de las indagatorias de Suárez, la Villalobos y el testimonio de Blanca Silvia Malpica Z., elementos éstos que le permiten concluir:

"1. Que Elvia Rosa Villalobos tenía en su poder la letra a que se refiere la presente investigación.

"2. Que ésta llevó dicha letra al abogado Suárez Mejía para que la cobrara aduciendo tener autorización para ello por parte del beneficiario, quien se hallaba en imposibilidad física, tanto para hacer el endoso, como para firmarlo, y que la Villalobos le dijo al abogado que su compañero le pedía el favor de que hiciera el endoso, lo firmara por él y cobrara la letra.

"3. Que la señora Elvia Rosa Villalobos se encontraba en malísimas condiciones económicas, que le impedía atender a sus propias necesidades así como a la de sus menores hijos.

"4. Que el abogado Suárez Mejía verificó o puso el endoso, y la firma que lo autorizaba, creyendo en lo que le decía Elvia Rosa, y con base en esa letra inició la acción ejecutiva.

"Esto le acepta el honorable Tribunal, como puede apreciarse en las transcripciones que con el debido respeto me permito hacer de las partes de la sentencia recurrida, pero sin embargo, desestima tales pruebas para llegar a la conclusión de que mi defendido, el doctor Suárez Mejía, actuó en forma dolosa, y desconociendo la buena fe con que actuó, así como el estado de necesidad de la señora Elvia Rosa Villalobos, y tomando al contrario lo afirmado por la defensa, se refiere a un supuesto estado de necesidad del abogado, cuando tal cosa no fue planteada por la defensa.

"Si estas pruebas son aceptadas en cuanto hacen relación a los hechos que con ellas se demuestra, como es la buena fe de mi defendido y el estado de necesidad de Elvia Rosa, al desconocer su valor probatorio se violó en forma indirecta el artículo 182 del Código Penal, así como los artículos 29 en su numeral 5° del Código Penal, así como el numeral 4° del artículo 40 de la misma obra, violación que surge por error de hecho en la apreciación de las pruebas que me permití citar al comienzo de la fundamentación de este cargo.

"De igual manera, al existir dubitación en las apreciaciones del honorable Tribunal en cuanto a la conducta que tipifique el delito de fraude procesal, nos da a entender que tanto las versiones de mi defendido como las de Elvia Rosa existe la violación de una norma de derecho sustancial, como sería el artículo 182 del Código Penal, que define y sanciona el delito de fraude procesal, por errónea apreciación de las versiones de los sindicados, ya que de haberlas interpretado acertadamente, hubiera llegado a la conclusión de que la conducta de mi defendido es atípica, por cuanto no concuerda con ninguna de las disposiciones del Código Penal; es decir, que su comportamiento no cabe dentro de la definición que trae el artículo 182 del Código Penal.

"De lo anterior surge que, en relación con el numeral 5° del artículo 29 y el numeral 4° del artículo 40 del Código Penal, se violaron por falta de aplicación, ya que de haberse aplicado se hubiera absuelto a mi defendido. En relación con el artículo 182 del Código Penal, se violó por aplicación indebida, ya que la conducta de mi defendido no está subsumida por la norma, y de haberse aplicado correctamente, se hubiera absuelto a mi defendido, porque su conducta no es violatoria de ninguna norma del Código Penal".

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Como deficiencia técnica de la demanda, se pregona que ésta recalca la falta de dolo en el comportamiento predicado de Suárez, pero sin demostrar "en qué consistió el error del juzgador para determinar el dolo. Se limita el demandante a predicar su inconformidad respecto a la conclusión" cuestionada.

Y, abordándose el tema, se dice del Tribunal que éste consideró como base de la sentencia de condena que Suárez Mejía trató de "obtener un dinero que no le correspondía, ...porque conocedor de la carencia de todos los requisitos exigidos por el título valor que le había sido entregado, optó de manera fraudulenta a suplirlos, como fue colocar el endoso por el beneficiario, para así poder instaurar el proceso ejecutivo y obtener que se librara el embargo y mandamiento de pago sobre la supuesta autenticidad del título valor exhibido... por lo tanto, al proceder de la manera que lo hizo realizó una maniobra engañosa y por consiguiente quedó incurso en la conducta penal del fraude procesal, ya que si realmente el beneficiario le transfirió en procuración el título y por la incapacidad física le era imposible endosarlo, estaba en la obligación de hacer uso de cualquier vía legal, como es la establecida en el artículo 653 del Código de Comercio... Es evidente que si la discusión es la falta de dolo, será claro que ello no puede pregonarse frente a un abogado que inicia un proceso de ejecución, que llena de su puño y letra el documento que después resulta apócrifo, ya que los hechos mismos divergen de tal afirmación".

Y por lo que atañe a la segunda de las censuras, igualmente se enfatiza en su desacierto, por incurrir el demandante en criticar "la valoración de las pruebas hecha por el fallador sin llegar a demostrar el error de tal valoración", limitándose a presentar su personal y propia apreciación, esperanzado en que tal juicio prevalecerá sobre el consignado en la sentencia.

Consideraciones de la Sala

De la sola transcripción de los más fundamentales apartes de la demanda de casación y de la respuesta que le diera el Ministerio Público, no hay duda alguna en advertir, como

situación ostensible, la improsperidad de la impugnación. Esta no logra, en el primer cargo, enfrentar en debida forma el peso que por sí tiene la sentencia acusada, pues no es suficiente atribuir una duda al Tribunal, sin comprometer una reflexión válida sobre el punto. Pero es más, el censor cree advertirla en una intrascendente variación del texto que, en realidad, no responde al propósito expresado por el juzgador. Ahora bien, que el demandante no consiga percibir la precisión o que le reste importancia es cuestión bien diferente, pero también de muy mermada entidad al fin que busca la censura.

El Tribunal mostró incertidumbre de juicio y con base en un *in dubio pro reo* dio por aceptable que la letra de cambio había sido llenada adecuadamente, consideración vinculada a la relación de los hermanos Arsenio y Sara del Carmen Malpica, pero en lo del endoso no dubitó, pues de éste anotó que para poderse proceder a la ejecución pertinente, las normas que regían el mismo se quebrantaron ostensiblemente. Si bien la firma de Malpica no se la imitó puesto que el abogado colocó la suya, conducta que desalojó la falsedad documental, sí constituyó un fraude procesal puesto que con la rúbrica allí estampada y el número de la cédula correspondiente al citado Malpica, se hizo creer al funcionario judicial correspondiente que éste la había endosado (requisito de procedibilidad indispensable en los títulos a la orden) y por tanto era inevitable atender la pretensión ejecutiva.

En este punto no se ha dado cambio alguno de tesis ni menos se ha vacilado en su presentación. Es así como en los fls. 38 y 39, se destacó "...El prenombrado (Suárez Mejía) en un primer momento -su declaración- manifestó que cuando él recibió la letra por la cual le facilitó a Rosa Elvia la suma de sesenta mil pesos, la misma ostentaba la firma del beneficiario en el título, esto según se lo comentó Elvia Rosa, aspecto que ella confirmó; sin embargo posteriormente se verificó que tal firma no había sido estampada por Arsenio sino por el propio abogado, circunstancia que él reconoció dentro de su injurada, agregando haberlo hecho toda vez que la Villalobos le refirió cómo Arsenio le había mandado pedir el favor que hiciera el endoso y lo firmara por él dada la incapacidad física en que se encontraba para hacerlo; esto también es corroborado por la procesada; no obstante lo anterior el fallecimiento de Arsenio no dio lugar a que se comprobara esa autorización, pero la prueba grafológica resulta concluyente para atribuir la autoría del endoso y la firma que lo autoriza al procesado Suárez Mejía, quien actuó con la anuencia de Elvia Rosa Villalobos, como quiera que no fue persona distinta la que a él hizo entrega del título valor, primero para que con base en el mismo le prestara la suma indicada y posteriormente para que adelantara la ejecución y con el producto de la misma saldara la cuenta.

"En las condiciones anteriores, ajustado a derecho resulta el análisis que hace la funcionaria cuando en la sentencia concluye que en cuanto al endoso no se incurrió en delito de falsedad documental puesto que si por esa letra se había obtenido un dinero por parte de quien para ese momento era la persona más allegada a Arsenio, y ella entregó el título valor para que se cobrara judicialmente, el abogado podía elaborar esa nota de endoso pero haciendo claridad en la misma de que actuaba debidamente autorizado y no como lo hizo, autorizándolo con su firma puesto que ello indujo al funcionario del Juzgado 3º Civil Municipal en error, pues esa nota de transferencia lo llevó al convencimiento de que quien demandaba estaba legitimado para hacerlo y de ahí el porqué de la aceptación de la demanda, el mandamiento de pago y el embargo alcanzó a tener operancia".

Ahora, no debe hacérsele raro al demandante eso de que "si se hubiera redactado en otros términos, no hubiera sido causa de error", pues la diferencia de procedimiento puede configurar el delito o hacerle desaparecer, o mudar la especie de la conducta delictiva. Precisamente por no haber tratado de imitar la firma de Malpica, el autor del endoso pudo sustraerse a una acción delictuosa de falsedad en documentos privados. De donde no es una argumentación significativa la que, en la frase comentada, determina la demanda y, lejos de establecer una réplica afortunada del fallo, en ese aparte, lo confirma o se muestra ajeno al verdadero núcleo de la controversia exigible en casación.

Tampoco constituye cargo afortunado el negar de manera incompleta lo relacionado con el propósito que animara el comportamiento del procesado, esto es, que no obró dolosamente, o que malentendió lo referente al estado de necesidad, pues éste se predica no propiamente de Suárez, sino de la compañera (Elvia Rosa) de Malpica, aunque aquél lo asumió en su debida dimensión y efecto.

El Tribunal hizo un análisis detenido de las probanzas y sólo pudo concluir en el sentido de no vislumbrar en el obrar del sentenciado una simple animación altruista, un afán de ayudar, bien a su amigo Arsenio Malpica, bien de aligerar en algo el estado de necesidad de su angustiada compañera y de su prole. Como abogado que era entendía que había otras vías, otra forma de exigir el pago de ese título valor, así como satisfacer otros requisitos que mantuvieran la lealtad de la conducta y la limpieza del procedimiento. Pero todo esto se acalló y se acudió a un expediente contrario a la normatividad jurídica, sencillamente porque así se pretendía evitar hasta el más mínimo contratiempo o repulsa a un cobro de esta índole.

Los varios elementos de convicción, especialmente las diversas explicaciones del procesado y de Elvia Rosa Villalobos, obligaban a una demanda que encarara de manera sólida la dilucidación de tantas contradicciones y de aspectos de inculpación como se daban. Para no citar sino una, puesto que el estado de la demanda no impone consideraciones mayores, no se entiende cómo el fin altruista, el esfuerzo por solventar el estado de necesidad de Elvia Rosa Villalobos y sus hijos, se desfigura con la manifestación del propio procesado anotando que, en una obligación de ochenta mil pesos, trataba de ganar unos veinte mil pesos y de allí que facilitara a aquélla la suma de sesenta mil pesos.

Pero, en fin, la demanda no enfrenta la argumentación del Tribunal, pues no se está en este ámbito, se repite, cuando como se alude a enunciados o se parte de supuestos dialécticos no contenidos en el fallo.

Vuelve la Sala, por último, a recalcar que son variadas las explicaciones que el procesado da sobre su acción que a la postre lo único que se deduce de manera clara es la falta de bondad, rectitud y de apego a los preceptos de ley que debieron consultarse en esa actividad. No podía, del modo en que se hizo el endoso, hacer aparecer allí a endosante que no había participado como tal y al cual se le incorporaba, firmando por él y anotando su cédula. Así se llevaba una falsa convicción al juez y se impedía que éste pudiera conocer la realidad de los antecedentes y de la operación, dispensando el tratamiento jurídico de rigor.

En cuanto al segundo cargo, sólo se trata de penetrar la sentencia de condena con el expediente de exponer un personal criterio y de interpretar algunos medios probatorios de manera muy subjetiva. Y ya se sabe que, en planteamiento de esta índole, la

argumentación del demandante no encuentra supervivencia, pues la del juzgador sigue prevaleciendo, por estar acompañada su decisión de la doble presunción de acierto y legalidad. Lo que compete es demostrar yerros ostensibles, distorsiones imperdonables, ausencia de sana crítica, etc. El error de hecho apenas se da como mención, pero no como desarrollo propio y eficiente, al punto que se sigue ignorando en qué pudo consistir éste y persistiendo la idea de que se trata de desconocer, inopinadamente, la valoración ofrecida por el Tribunal, creyendo que éste no otorgó un valor a una prueba que la ley no predetermina y que deja librada a la razonada crítica que al respecto se haga en el fallo.

Se desechan los cargos.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrasca, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

Es una realidad que los medios probatorios practicados en el diligenciamiento de la acción de revisión son elementos de juicio nuevos que no fueron conocidos en el momento del debate probatorio y que hacen dudar de la correspondencia de su contenido y decisión con la verdad histórica de los hechos que fueron investigados en ese proceso

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 6589. Revisión.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 104 de noviembre 10 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

Por libelo presentado en la secretaría de la Sala el 16 de agosto de 1991 se demandó la revisión del proceso en el que, mediante sentencia del Juzgado 38 Penal del Circuito, confirmada por el Tribunal el 25 de septiembre de 1986, fue condenado Jesús María Orjuela Sandoval y otra por el delito de hurto calificado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos

Los hechos que dieron lugar a la condena ocurrieron el 29 de noviembre de 1982 cuando la señora Blanca Lilia Rozo de Sarmiento se dirigía a la Corporación de Vivienda Colmena del barrio Restrepo a consignar la suma de cinco mil pesos y fue interceptada por un hombre y una mujer que la despojaron del bolso donde llevaba el dinero y la libreta de ahorros, obligándola a dirigirse a la entidad financiera y a efectuar un retiro por la suma de $600.000.00 entregados en cheque contra el Banco de Tequendama.

En diligencia de reconocimiento sobre fotografías, la afectada reconoció como autores de la ilicitud a Jesús Orjuela Sandoval y a María Mercedes Peña Rodríguez.

El señor Orjuela Sandoval fue condenado como reo ausente y su captura se efectuó el 1° de noviembre de 1990, después de proferidas las sentencias de primera y segunda instancias.

Actuación Procesal

La demanda de revisión se admitió por auto del 4 de septiembre de 1991.

La etapa probatoria de la acción se abrió mediante proveído del 13 de noviembre del mismo año.

En auto del 10 de marzo de 1992 se decretó la práctica de pruebas, unas solicitadas y otras ordenadas oficiosamente.

El 8 de junio de 1993 se dispuso correr traslado común de (...) para que presentaran sus alegatos de conclusión.

El representante de los intereses del condenado solicitó se decretara la revisión del proceso.

Argumentos de la Demanda y las Pruebas que la Sustentan

El demandante sostiene que la señora Blanca Lilia Rozo de Sarmiento estableció la inocencia de la otra condenada, María Mercedes Peña Rodríguez, porque en declaración bajo juramento dijo que al conocerla personalmente se había dado cuenta de que no era la misma persona que la había atracado. (El 12 de septiembre de 1990 esta Sala ordenó la revisión del proceso con respecto a la sentenciada, quien, en consecuencia, resultó absuelta, por sentencia del 22 de enero de 1991 por el Juzgado 39 Penal del Circuito de esta ciudad).

El impugnante aduce la situación relatada, esto es, que por decisión de esta Sala se ordenó la revisión del proceso en cuanto a la condenada Peña Rodríguez.

La causal invocada es la 3ª, pues considera que existen pruebas nuevas no conocidas al tiempo del debate procesal demostrativas de la inocencia de su defendido Orjuela Sandoval.

Aporta como declaraciones extrajuicio las rendidas ante el juez sentenciador por Mauricio Agudelo Urrea, María Mercedes Peña Rodríguez, Clara Inés Parra de Vega y Ana Betulia Herrera, quienes según el impugnante conocen de vieja data al condenado, razón por la cual dan noticia sobre su trabajo, *modus vivendi*, y lo ubican como persona alejada de actividades de tipo delictivo, de la misma manera que la persona que conocen no corresponde a la que fue condenada.

Como pruebas documentales aportó una serie de fotografías del condenado en distintas épocas de su vida, para demostrar que la filiación que la víctima dio, de quien la atracó, no corresponde a la de quien fue efectivamente condenado, puesto que la perjudicada con el delito habla de una persona delgada.

Igualmente adjunta una certificación que demuestra que por la época de los hechos el procesado se desempeñaba como funcionario de la Cámara de Representantes, y que ganaba un sueldo que no le permitía convertirse en un vulgar atracador.

Anexó dictamen de Medicina Legal en que se establece que el condenado no tiene, ni ha tenido vitalium en los dientes, demostrándose así que su poderdante no es la misma persona que describió la denunciante, recordando que ésta permaneció seis horas con los atracados, circunstancia que le permitió grabar sus rasgos.

Alega finalmente como un indicio grave que si la víctima se equivocó en el reconocimiento fotográfico en relación con la coprocesada, igualmente ha podido equivocarse con su poderdante.

El dictamen de odontología forense practicado al condenado determinó que en el momento del examen no existían evidencias de haber tenido tratamiento por vitalium y que no se podía determinar si en el pasado lo había tenido, porque para ello se requería tener la historia clínica del odontólogo tratante.

La Cámara de Representantes certificó que desde el 15 de septiembre de 1982, hasta el 28 de febrero de 1986, Orjuela Sandoval se había desempeñado en esa corporación como Asistente Parlamentario de la Comisión Primera Constitucional Permanente, y de que no existían constancias de que hubiera dejado de asistir al trabajo el 29 de noviembre de 1982, día de la ocurrencia de los hechos por los cuales fue condenado.

Se le recepcionó declaración sin juramento al condenado Jesús María Orjuela Sandoval, quien explicó la fecha más o menos probable en que habían sido tomadas las fotografías aportadas con la demanda y se dejó constancia de sus rasgos fisonómicos así: "Estatura 1,67 metros, contextura media ni gordo ni flaco, frente ancha, y entradas, pelo liso canoso, bigote poblado canoso, cejas semiarqueadas, pobas (sic) negras con visos canosos, ojos castaño oscuro, párpados caídos, con un tic en el ojo izquierdo; dentadura natural en la parte de abajo, mandíbula inferior, y la mandíbula superior parcial en pasta; tez trigueño, labios delgados, boca mediana, nariz media, base poco baja, aletas dilatadas, anchura mediana, boca pequeña, labios delgados, se aclara la frente es alta media, calvicie frontocoronaria, cabello es liso, entrecanoso (gris) corto, peinado para atrás, orejas grandes, adheridas, cejas semiarqueadas, pobladas, castaño oscuro, abertura mediana, contorno facial ovoidal, mentón agudo y particularidad canal, mejillas flácidas".

Dijo que nunca se había enterado de la existencia del proceso hasta varios días después de haber sido detenido y que cuando ingresó a la cárcel pesaba 95 kilos, mientras que en ese momento tenía un peso de 77 a 80 kilos.

Félix Antonio Cuéllar Silvestre, de 71 años de edad, dijo conocer al condenado desde hacía más de 20 años, y que se había enterado de la condena, pero que eso era falso porque se trata de una persona correcta, que ha trabajado con el Gobierno y que también ha tenido un consultorio como de médico; asegura que ha conocido a Orjuela como una persona robusta, pero que ahora por el problema se encuentra muy acabado.

Mauricio Agudelo Urrea dijo conocer al condenado por haberle arreglado unos carros, entrando en discrepancia respecto a la época desde que lo conoce porque en la declaración extrajuicio que era desde 1976 y en esta ocasión dijo que era desde 1981 u 82. Dice haberse enterado de su detención pero que ello fue una equivocación y que sabía, porque se lo había contado, que trabajaba en la Cámara.

María Mercedes Peña Rodríguez, quien también fue condenada en el mismo proceso y finalmente absuelta como consecuencia de la revisión ordenada por esta Corporación, relata que había pertenecido a la Policía Nacional, pero fue desvinculada por un robo que se presentó en dicha institución, concretamente por la pérdida de un cheque en cuantía inferior a cinco mil pesos; hechos por los cuales había sido reseñada. En relación con el

delito por el que fuera inicialmente condenada, dice que cuando conoció a la perjudicada con el delito, de manera inmediata, ésta le había manifestado que ella no era la que la había atracado. Por la época de los hechos, dijo, tenía una pequeña industria de tejidos.

Clara Inés Parra de Vega dijo conocer al condenado desde hace unos veintitrés años en Pasto, donde era concejal y participaba en actividades políticas y donde tenía una finca con piscina. Igualmente aduce que en esta ciudad les arrendó un apartamento para vivienda.

Al ponérsele de presente la fotografía de folio 5, que es la misma por medio de la cual el condenado fue reconocido en el proceso que culminó con tal decisión, manifestó que se parecía, pero que no correspondía a su amigo, porque cuando lo conoció era gordo; y opina que es una persona correcta y cumplidora; que desconoce que él tenga antecedentes judiciales.

Aristobulo Mora Colmenares, militar retirado y periodista de profesión, afirma que conoce al condenado de 15 a 20 años atrás por razón de su participación en campañas políticas; y por ello sabe que las actividades del sentenciado son los negocios en vehículos y finca raíz; quien, además, cuando lo conoció tenía una posición económica holgada. El declarante agrega que es el padrino de una de las hijas del condenado y que ha observado que tiene un tic nervioso en un ojo.

Al ponérsele de presente la foto de folio 5, el testigo dijo que se parecía a su compadre, pero no es la misma persona. Considera como un verdadero absurdo que se lo haya procesado por atraco, porque por su caballerosidad y por sus relaciones políticas no es una persona para andar metido en esas actividades. Termina comentando que prologó un libro que escribió el procesado sobre plantas medicinales.

Realizada experticia grafológica sobre el comprobante de retiro de dinero de la Corporación se concluyó que el mismo no había sido elaborado por el condenado.

El alegato de conclusión de la defensa

El accionante sustiene que después de la sentencia condenatoria han aparecido hechos y pruebas nuevas, no conocidas en el debate probatorio, demostrativas de la inocencia del condenado.

Afirma que la perjudicada y denunciante en su momento manifestó que quien la había atracado era quien había llenado el formulario para el retiro del dinero y que como consecuencia del dictamen grafológico quedaba descartado que el condenado hubiera sido el autor de tal escrito y que consecuentemente quedaba demostrada su inocencia.

Prosigue el demandante argumentando que la descripción dada por la ofendida no correspondía a la filiación del condenado y que los testigos que depusieron lo describen como un hombre gordo y de actividades sociales y profesionales respetables.

El defensor aduce que también está demostrado que el día de los hechos el procesado se encontraba laborando en la Cámara de Representantes.

Alega el actor que, como lo sostuvo la defensora de oficio en la audiencia pública, con una denuncia y una fotografía del archivo de la policía no se puede condenar a nadie.

Termina solicitando se decrete la revisión del proceso.

Consideraciones de la Sala

Son varias las argumentaciones probatorias que hace la defensa para la demostración de la existencia de hechos y medios de convicción nuevos para pretender remover la cosa juzgada mediante la solicitud de revisión del proceso.

Es evidente que el experticio grafológico se constituye en un medio de convicción nuevo, porque debe recordarse que el adelantamiento del proceso se realizó en su integridad con el procesado en calidad de ausente y en tales circunstancias era imposible pensar en la realización de este tipo de pruebas al no contarse con material manuscritural indubitado originado en el actual condenado.

En el período probatorio de la revisión se le tomaron muestras y conjuntamente con éstas se envió el comprobante original por medio del cual se hizo el retiro, llegándose a la conclusión que el mismo no había sido escrito por el procesado.

Es importante esta conclusión porque la ofendida y denunciante, tanto en la versión expuesta ante la policía, como la que rindió en el sumario ante el juez, manifestó que el formulario de retiro había sido llenado por el atracador.

En ese mismo período probatorio se recepcionaron varias declaraciones de personas que conocen de vieja data al condenado y todas ellas dicen haberlo conocido como persona trabajadora, respetable y con una posición más o menos holgada, situación que los lleva a manifestar que la detención que sufrió, sindicado de hurto, se debió a una equivocación porque consideran imposible que un ciudadano de tales condiciones pudiera estar dedicado a este tipo de actividades delictivas. Además de que todos lo describen como un individuo de contextura obesa.

Los declarantes que han conocido al condenado en diversas épocas de su vida afirman que se dedicaba al negocio de bienes raíces, que era funcionario del Gobierno, concretamente de la Cámara de Representantes, y dueño de un consultorio en el que se recetaban plantas medicinales, como concejal de Palmi.

Se anexó una certificación de la corporación legislativa donde se dice que revisada la hoja de vida del ex funcionario no se encontró constancia que hubiera fallado a su obligación laboral en la fecha de la ocurrencia de los hechos delictivos por los cuales fue condenado.

Como la denunciante en la descripción que dio del condenado dice haberle observado una prótesis dental como de plata en la mandíbula inferior, fue examinado por los odontólogos forenses, quienes certificaron que en el momento del examen no la tenía, pero que no podían afirmar si en el pasado la hubiera tenido.

Dentro de los elementos descriptivos que del condenado dio la ofendida está su afirmación de ser una persona delgada, que vendría a contradecir a todos los conocidos del procesado, quienes lo ubican como individuo gordo, y a las fotografías que fueron aportadas a este diligenciamiento, todas debidamente reconocidas por los declarantes como pertenecientes a fotografías del condenado, donde evidentemente aparece un hombre con una definida tendencia a la obesidad.

Se debe precisar que los indicios tenidos en cuenta para dictar sentencia condenatoria contra las personas condenadas fueron única y exclusivamente el reconocimiento

fotográfico realizado en las dependencias de la policía y el hecho de que los dos procesados, con anterioridad, habían estado sindicados por un delito contra la propiedad.

Recuérdese que esta Corporación decretó la revisión del proceso en relación con la otra condenada, con fundamento en el testimonio de la ofendida, quien a pesar de haberla reconocido inicialmente como la autora de los hechos por medio de fotografías, posteriormente manifestó que al conocerla personalmente había concluido que ésa no era la mujer que había intervenido en el delito cometido en su perjuicio, a lo que se agregó que varios ciudadanos la describieron como una ciudadana respetable, propietaria de una pequeña industria de tejidos, condición que en su sentir hacía imposible que se dedicara a ese tipo de actividades ilícitas.

Es necesario reconocer que los elementos probatorios en que se fundamentó la sentencia condenatoria fueron bastante precarios, porque un mero reconocimiento fotográfico y el hecho de haber estado sindicados con anterioridad, son elementos de juicio endebles, sobre todo si se tiene en cuenta que la fotografía por diversas circunstancias técnicas y personales no siempre recoge con exactitud la imagen de la persona fotografiada y por tanto a pesar de que se trata de una prueba que está legalmente autorizada, el sustentar una sentencia condenatoria con ese solo elemento constituye una decisión con bien poco fundamento probatorio.

Es una realidad que los medios probatorios practicados en el diligenciamiento de esta acción extraordinaria son elementos de juicio nuevos que no fueron conocidos en el momento del debate probatorio y que hacen dudar de la correspondencia de su contenido y decisión con la verdad histórica de los hechos que fueron investigados en ese proceso, porque el dictamen grafológico descartaría por ejemplo que el condenado hubiera sido el autor del hecho delictivo por el que fue procesado, porque la ofendida fue muy clara en decir que la solicitud de retiro había sido llenada por el atracador.

Y a ese hecho probatorio se agregan los varios testimonios que ubican al condenado como una persona correcta, con una relativa holgura económica.

Igualmente respecto a la descripción morfológica del autor del delito y del condenado existen claras discrepancias porque mientras la ofendida dice que se trataba de una persona delgada, por los testimonios recepcionados y por las fotografías anexadas se demuestra que se trata de un hombre obeso.

Los razonamientos anteriores sumados a que por la época de los sucesos el procesado era funcionario de la Cámara de Representantes y que no existe constancia de que hubiera faltado a sus obligaciones el día en que aquéllos ocurrieron, conducen a la conclusión de que debe ordenarse la revisión del proceso que culminó con sentencia condenatoria en su contra.

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:

Ordenar la revisión del proceso adelantado por el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá contra Jesús María Orjuela Sandoval, a partir del auto por medio del cual se abrió el juicio a prueba inclusive.

Remítase el proceso cuya revisión se ordena al Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá, a fin de que tramite la causa a partir del auto indicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Es cierto que el mandato constitucional prohíbe que en la segunda instancia sufran menoscabo los intereses del procesado en el supuesto de que sea el único recurrente. Aumento de la pena, negación de subrogados penales, imposición de agravantes, etc., son ejemplos de ello.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8045.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 105.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado José Antonio Caballero Zambrano, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de los delitos de falsedad y estafa, sancionándolo a purgar la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, más las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal en los siguientes términos:

"Según se desprende de autos, a partir del año de 1985 y hasta comienzos de 1989, fueron dándose situaciones absolutamente irregulares en el funcionamiento de los Talleres Vulcania S. A., centro de protección automotor, ubicado en la Avenida de las Américas con carrera 34 de esta ciudad capital y a la cual ingresaban normalmente vehículos siniestrados (sic) cuyos propietarios estaban afiliados a la Nacional de Seguros S. A.

"En dicho establecimiento una vez llegaba un automotor para su arreglo se procedía a evaluar qué implementos era necesario cambiar y cuáles requerían solamente su reparación. Sin embargo, en el taller al llenarse la ficha respectiva se ordenaban cambios

que realmente no se irían a efectuar en el futuro y para respaldar la anotación se utilizaban facturas de distribuidores ficticios que supuestamente estaban ofreciendo los pertinentes repuestos; cumplida la tarea de arreglo del vehículo naturalmente se creaba la orden de pago y surtida la labor de contabilidad se giraban los cheques del caso a los proveedores y se hacían prontamente efectivos por ventanilla, con el evidente perjuicio patrimonial, concretamente para la Nacional de Seguros, que era en últimas la que estaba asumiendo la obligación en favor del asegurado.

"Los *comerciantes* que supuestamente proveían los repuestos inexistentes son, según refiere el proceso, Fernando Mesa, Luis Daniel Suárez, Misael Riaño, Gabriel Alfonso Lastre de la Rosa y Julio César Garrido, en cuyo favor aparecen librados cheques por un total de treinta y seis millones cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos diez pesos ($36.486.710.00)".

A la causa han sido vinculados por estos mismos hechos calificados como estafa y falsedad en documento privado José Antonio Caballero Zambrano (gerente de Talleres Vulcania), Alejandro Federico Linero Welcker (jefe de taller) Juan Andrés Rodríguez Celis (contador) y Belisario Franklin Quintero (coordinador nacional de siniestros de la Nacional de Seguros).

Síntesis Procesal

Con propiedad la Delegada hizo la síntesis correspondiente:

"El día 19 de enero de 1989, Julio Enrique Galindo presentó denuncia de los hechos anteriormente narrados ante la Comisaría Nacional de la Policía Judicial de Veraguas. El 25 de enero siguiente el Juzgado Treinta y Dos de Instrucción Criminal declaró abierta la investigación y a ella ordenó vincular formalmente a los denunciados así como la práctica de otras varias pruebas.

"Recibidas muchas de ellas, entre las cuales se destacan la ampliación de denuncia de Julio Galindo, Inspección Judicial a los Talleres Vulcania S. A., se capturó a uno de los sindicados -Alfredo Federico Linero Welcker-, se lo escuchó en indagatoria y se resolvió su situación jurídica el primero de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto, estafa, falsedad en documento privado y falsedad personal.

"Posteriormente fueron vinculados a la investigación Juan Carlos Chemas Escandón, María Deyanira Mesa, Libia Díaz Jara, Roselino Barbosa y Julia Elvira Cruz Montero; así mismo se ordenó el emplazamiento en su ulterior declaratoria de reos ausentes de Belisario Franklin Quintero, Juan Andrés Rodríguez Celis y José Antonio Caballero Zambrano, designando cada uno después su defensor de confianza. Con auto del 17 de abril de 1989 se resolvió la situación jurídica a los anteriormente reseñados, con medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de autores de los delitos de hurto, falsedad en documento privado y estafa a José Antonio Caballero, Belisario Franklin y Juan Andrés Rodríguez, y en calidad de cómplices de los anteriores ilícitos a Juan Carlos Chemas Escandón, Julia Elvira Cruz Montero, Libia Díaz Jara y Deyanira Mesa de Díaz exceptuando a estas dos últimas en lo referente al ilícito de falsedad en documento privado, considerándolas como autoras del mismo.

"Se cerró la investigación con auto del 4 de mayo de 1989 y el 21 de junio siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Alejandro Federico Linero Welcker, José Antonio Caballero Zambrano, Belisario Franklin Quintero y Juan Andrés Rodríguez Celis como encartícipes de los ilícitos de falsedad documental y estafa, y reapertura de la investigación en favor de Juan Carlos Chemas Escandón, Roselino Barbosa Barbosa, María Deyanira Mesa de Díaz, Libia Díaz Jara y Julia Elvira Cruz Montero, decisión que fue adicionada por el instructor en el sentido de proferir resolución de acusación en contra de los primeros como autores del delito de hurto.

"Apelado el pliego de cargos, el Tribunal lo confirmó parcialmente al estimar que José Antonio Caballero Zambrano, Juan Andrés Rodríguez y Alejandro Federico Linero Welcker debían responder en el juicio por los ilícitos de falsedad y estafa; y Belisario Franklin Quintero, por el delito de estafa, ordenando la reapertura de la investigación por el punible de falsedad.

"El Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito al que le correspondió tramitar la causa, la inició escuchando en indagatoria a José Antonio Caballero Zambrano. Con auto del 3 de agosto de 1990 abrió el juicio a prueba, en donde se solicitaron y se practicaron varias de ellas. Celebrada fue en debida forma la audiencia pública, al término de la cual se dictó la sentencia de primer grado cuyo principal resultado ya quedó reseñado.

"Apelado el fallo, al desatarse el recurso concluyó con la confirmación parcial de la condena en sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario".

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, artículo 220 del C. de P. P., el recurrente formula un único cargo, por considerar que se interpretó erróneamente el artículo 31 de la Carta, "...al no darle su debido alcance...", norma a la que posteriormente le agrega el artículo 26 del C. P. señalando una falencia similar.

Luego de citar los apartes pertinentes de la sentencia de primera instancia, el recurrente recuerda que el *a quo* partió para la dosificación de la pena del delito más grave (estafa), agravado por la cuantía, quedando a la postre un mínimo de dieciséis (16) meses de prisión. Como quiera que tenía que dar aplicación al artículo 26 del C. P., la pena imponible tenía que ser aumentada en otro tanto, para quedar al final en treinta y dos (32) meses de prisión.

Sin embargo, el juzgador no lo hizo así, advierte el impugnante. Desobedeciendo la preceptiva del artículo 26 en cita, realizó una suma aritmética de penas, pues a los dieciséis (16) meses le agregó veinte (20) más por el número de estafas realizadas y otros doce (12) por el concurso de las falsedades en documento privado, resultando al final una sanción de cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

Recurrida la providencia, el *ad quem* reconoció el error del inferior, pero en lugar de corregir el yerro incrementando hasta en otro tanto la base de dieciséis (16) meses, realizó una nueva dosificación de la pena, agravando la situación de su poderdante, con vulneración del artículo 31 de la Carta, pues aumentó de dieciséis (16) a veintisiete (27) meses de prisión, entendiendo equivocadamente que lo esencial era no superar los cuarenta y ocho (48) meses impuestos originalmente.

Finalmente -como tema aledaño al libelo y sin técnica ninguna- recuerda a la Sala que como quiera que la pena por imponer a su defendido no excede los treinta y dos (32) meses de prisión, solicita la concesión de la condena de ejecución condicional, pues no sólo el monto de la pena sino la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible permiten suponer que su patrocinado no requiere tratamiento penitenciario. Por consiguiente, luego de hacer una exposición sobre el subrogado, concluye que sólo puede ser negado cuando existan bases objetivas que señalen como único medio de resocialización del delincuente su reclusión en un centro penitenciario.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Advierte sobre la existencia de vicios técnicos insalvables que frustran las pretensiones del demandante. Lo primero, porque acude a una pretendida interpretación errónea del artículo 31 de la Constitución sin calificar como forzada la prédica de una violación del precepto cuando la sentencia del Tribunal se mantiene dentro de los límites fijados en la primera instancia.

Por consiguiente, el actor ha debido especificar cuál es, en su opinión, la agravación punitiva que perjudicó a su mandante, pero simplemente se limitó a enunciarla.

Pero no es la única falencia. Además -prosigue la Delegada- en verdad su inconformidad reside en la indebida interpretación de la norma que gobierna la determinación de la pena en el evento del concurso de hechos punibles, por lo que ha debido intentar la vía de la violación directa de este precepto para procurar el remedio del yerro advertido.

Finalmente -anota la Delegada- bien hizo el Tribunal en considerar como errónea la tasación de la pena efectuada por el *a quo*, al desconocer las circunstancias genéricas contempladas en los numerales 3° y 7° del artículo 66 del C. P., pero se vio impedido de efectuar la respectiva corrección debido a la limitante impuesta por el artículo 31 de la Carta Política. Además, el Colaborador del Ministerio Público no observa un grave atentado al principio de la legalidad de la pena, amén de que una casación parcial del fallo impugnado provocaría el incremento de la sanción, conculcándose así el artículo 31 en comento.

Por tanto, solicita de la Sala no casar el fallo impugnado.

La Corte

1. Según el planteamiento general del reproche, el casacionista consideró que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 31 de la Constitución Nacional, al no "darle su debido alcance", aduciendo lo propio respecto del artículo 26 del C. P. Sobre la primera pretende que se case la sentencia sin haber sufrido su poderdante agravio alguno, mientras que respecto a la segunda equivoca la vía del ataque. Es cierto que el mandato constitucional prohibe que en la segunda instancia sufran menoscabo los intereses del procesado en el supuesto de que sea el único recurrente. Aumento de la pena, negación de subrogados penales, imposición de agravantes, etc., son ejemplos de ello. Lo que no entiende la Sala es qué quiere indicar el actor cuando habla de la "modificación desfavorable de las bases fijadas en el proceso de dosificación", pues aparte de enunciarlo, no desarrolla la argumentación correspondiente.

2. Es obvio que su intención es demostrar un posible perjuicio causado a su defendido. Sin embargo, al examinar el fallo recurrido se observa que se conservó intacta la sanción asignada en la primera instancia. Cuarenta y ocho (48) meses fue la pena de prisión impuesta por el *a quo* e igual correctivo convalidó el *ad quem* al confirmar el fallo de condena, por lo cual la Sala no observa que hayan sufrido desmedro los intereses del procesado. Tampoco hubo modificación en lo referente a las penas accesorias. Únicamente se replanteó el proceso de dosimetría penal, llamando la atención el Tribunal sobre la tasación que en rigor debió hacer el juzgador de primer grado. No era dable partir del mínimo de la pena debido a las modalidades del hecho punible, sin olvidar, además, que había lugar al reconocimiento de varias circunstancias genéricas de agravación punitiva (ordinales 3ª y 7ª, artículo 66 del C. P.), las que se inhibió de aplicar precisamente por la prohibición del artículo 31 de la Constitución Nacional.

3. Vistas así las cosas, la demanda en estudio no tiene razón de ser y si el recurrente advirtió en la sentencia una lesión a los intereses de su mandante, es algo que la Sala ignora, pues dejó su pensamiento en el simple enunciado. Ahora bien, el desenvolvimiento de la censura podría brindar alguna luz sobre la omisión del casacionista. En principio se observa que sus expresiones y argumentos tienden a criticar la indebida interpretación que hizo el Tribunal del artículo 26 del C. P. Sin embargo, aquí tampoco existe la debida claridad. En vez de plantear una violación directa de dicha norma, propone la impugnación en el terreno del artículo 31 de la Constitución, y aunque aduce también un erróneo entendimiento de su tenor, de todas maneras su intención es mostrar su desconocimiento y, por ende, buscar su remedio en el terreno de la causal tercera, pues tal hecho viola el debido proceso. Suma de contradicciones que presto desquician el libelo.

4. Es de ver que en el caso de la especie, al *a quo*, luego de partir del mínimo previsto en el artículo 356 del C. P. (un año de prisión) y de incrementarlo en cuatro (4) meses por darse la circunstancia prevista en el numeral 1º del artículo 372, *ibidem*, le agregó por separado doce (12) y veinte (20) meses, respectivamente, en virtud de los concursos homogéneo y heterogéneo. Desconoció con ello el mandato del artículo 26 *ibidem*, "...pues no es de recibo que los aumentos en la tasación de la pena los haya realizado de manera separada, rompiendo así la unidad jurídica, por lo que ameritaba un incremento unitario penológico al existir los demás requisitos propios inherentes para el concurso", como lúcidamente lo advierte la Delegada. Tal falencia la advirtió el Tribunal y la corrigió. Empero, no pudo hacer lo propio con la imposición de las agravantes consagradas en los numerales 3ª y 7ª del artículo 66 por impedírselo el mandato expreso de la Carta.

5. Visto lo anterior, se resalta la imposibilidad jurídica que se tiene de atender la deprecación del casacionista -en el evento de que fuera viable-, pues ello significaría entrar a corregir los errores expresados, con la consiguiente agravación de la sanción impuesta, vulnerándose el precepto constitucional que busca el libelo preservar.

6. En lo que se refiere a la petición de la condena de ejecución condicional que impetra el demandante para su cliente, la Sala le aclara que su planteamiento aledaño a la demanda de casación no es de recibo, pues no fue tema de estudio en ninguno de los reproches ni tampoco surge como consecuencia de la prosperidad de alguno de ellos. Así las cosas, en virtud del principio de limitación que rige el recurso, no puede la Corte tomar ninguna decisión.

No prospera la demanda.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

En la jurisprudencia de esta Sala de Casación de 31 de octubre de 1989, en modo alguno se dice que no es necesario, ni mucho menos que no deban mencionarse, las normas sustanciales violadas. Lo que allí se indica es que esa omisión procede respecto de las normas-medio; es decir, aquellas a través de las cuales se llega a la violación directa de la norma fin. Ello, por la simple razón -se dijo allí- de que en tratándose de error de hecho, lo que se deja de tener en cuenta, se inventa o distorsiona, es el medio probatorio, resultando, pues, una cuestión meramente factual. Pero como la causal primera de casación prevé la violación de la ley sustantiva, es obvio que sea necesario indicar cuál es esta ley y de qué manera se transgredió; si por aplicación indebida, por falta de aplicación o por interpretación errónea.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8207. Casación.

Aprobado Acta número 104 noviembre 10 de 1993.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán condenó a Alvaro Mellizo Ijají a 10 años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. El domingo 2 de noviembre de 1986, varios habitantes de la vereda Peña Blanca, corregimiento de Loma Abajo, municipio de Rosas (departamento del Cauca), festejaban un campeonato de fútbol en la escuela del lugar, cuando, aproximadamente a las 10 de la noche, llegaron los hermanos Alvaro y Angel Mellizo Ijají, que no habían sido invitados, quienes poco después empezaron a agredirse mutuamente.

A causa de ello, Fernando Ijají Cortés (primo hermano de los mencionados Mellizo Ijají) le llamó la atención a Angel Mellizo Ijají; mas de pronto, Alvaro Mellizo Ijají atacó

con un cuchillo a Jorge Hernán Ijají Cortés (hermano de Fernando), causándole heridas en la espalda que le determinaron 10 días de incapacidad para trabajar. Inmediatamente, el agresor salió corriendo, y al abandonar el lugar, apuñaló a Fernando Ijají Cortés, ocasionándole la muerte.

Al tercer día, los hermanos Mellizo Ijají se presentaron a la Policía, siendo allí retenidos.

2. Esos hechos fueron inicialmente denunciados por Cenón Mellizo Ruiz, Inspector de Policía de la región y quien se encontraba presente cuando aquéllos sucedieron. A los pocos días, también denunció los mismos sucesos la madre de las víctimas (fls. 18 y ss.).

El Juzgado Promiscuo Municipal de Rosas abrió investigación y escuchó en indagatoria a los Mellizo Ijají. Angel dijo que había abandonado el sitio de los hechos antes de que éstos ocurrieran. Alvaro, de su parte, sostuvo que debido a la embriaguez etílica que lo afectaba, no recordaba nada de lo acaecido (fls. 11 y ss.).

Varias personas declararon: unas sostuvieron que vieron cuando Alvaro causó la lesión y el homicidio; otras, que no percibieron tales hechos. Se practicaron otras pruebas, entre ellas la reconstrucción, y se definió la situación jurídica de los sindicados con auto de detención respecto de Alvaro, por los delitos de homicidio y lesiones, absteniéndose el Juzgado de decretar medida de aseguramiento al otro indagado (fls. 39 y ss.).

3. El Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Popayán cerró investigación, calificándola mediante auto de 5 de junio de 1990 con resolución acusatoria contra Alvaro Mellizo Ijají por los delitos de homicidio y lesiones. Respecto de Angel Mellizo Ijají decretó la cesación de procedimiento (fls. 140 y ss.).

El defensor del procesado (ahora casacionista) interpuso contra ese auto el recurso de reposición, y, subsidiariamente, el de apelación; negado el primero de ellos, se concedió el segundo. El Fiscal Tercero del Tribunal de Popayán solicitó la confirmación del proveído, pedimento que acogió la Corporación mediante auto de 2 de noviembre de 1992 (fls. 185 y ss.).

El Juzgado Tercero Superior de Popayán celebró audiencia pública el 25 de mayo de 1992 y, de acuerdo con lo pedido por el Ministerio Público, condenó al procesado, en armonía con la acusación, a la pena principal de 7 años y 2 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios. Ese fallo lleva fecha de 12 de junio de 1992 (fls. 228 y ss.).

Apelado el mismo por el defensor del procesado, el Tribunal lo confirmó (fl. 254), sólo respecto de la condenación por el homicidio, pues en relación con las lesiones consideró que no constituían sino una contravención, motivo por el cual revocó la condena por este hecho, dispuso la compulsación de rigor y tasó en 10 años de prisión la pena principal. Al igual que en el auto de acusación, en el fallo también se les dio plena credibilidad a los numerosos testigos presenciales de los hechos.

Esta sentencia de segundo grado es la impugnada por la vía extraordinaria.

La Demanda

Alegando violación indirecta de la ley, el actor hace los siguientes cargos:

Cargo primero

Sostiene el demandante que a pesar de que el Tribunal admitió que por la poca iluminación nadie percibió "el acto de penetración del cuchillo", dedujo la autoría del delito en cabeza del procesado de su "actitud de agresión", no obstante que, según el censor, ningún testigo da cuenta de ella, razón por la cual se incurrió en un error de hecho, por suposición de la prueba.

Proponiéndose confirmar este aserto, analiza toda la prueba testimonial obrante en el expediente y concluye afirmando que "el Tribunal incurrió en error de hecho al aceptar que Alvaro Mellizo Ijají fue observado en actitud de agresión contra Fernando Ijají Cortés y que si bien los testigos no pudieron presenciar el acto de penetración del cuchillo por la escasa iluminación sí (sic) pudieron apreciar la actitud de agresión de un sujeto armado y surgido el resultado de la agresión, en forma inmediata resultaba lógico atribuir a Mellizo Ijají dicho resultado" (fls. 111).

Cargo segundo

Sostiene el censor que el Tribunal desconoció el testimonio de Jesús Hernando Cerón, al afirmar que su dicho no se oponía a sus conclusiones, cuando en concepto del actor esta contradicción sí se presenta:

"a) Sitúa al herido entrando a la caseta por la puerta norte, por la puerta por la cual se sale para los baños, y no por la puerta opuesta, que fue la que utilizó Alvaro Mellizo Ijají para salir después de lesionar levemente a Jorge Hernán Ijají Cortés;

"b) Porque ninguno de los testigos que declara como presencial, sin serlo -como quedó demostrado en la sustentación del cargo anterior- incluye en su testimonio una acción que necesariamente debió observar, como es la actitud de auxilio al herido cumplida por Jesús Hernando Cerón y declarada por él, a riesgo de ser incluso señalado como el potencial homicida.

"A propósito, se echa de menos el elemental acto humanitario de ayuda, de auxilio, en otros testigos, incluso parientes, quienes ordenadamente declaran que acompañaron 'visualmente' al herido durante un largo y penoso recorrido, recorrido que si se observa el levantamiento a escala del teatro de los acontecimientos (anexo al final de la demanda), coloca a Fernando Ijají entrando herido por la puerta del sur, yendo hasta la cequia de los baños, en el opuesto lado norte, y entrando a la caseta con rumbo al sur, para finalmente quedar a menos distancia de la puerta por la que supuestamente entró inicialmente, o sea, que en lugar de "alcanzar a entrar", como lo declaran varios testigos, según los testigos que no vieron a Jesús Hernando Cerón auxiliar al herido, éste entró por la puerta sur, salió por la puerta norte, se cayó en la cequia de los baños y volvió a entrar por la puerta norte, para quedar más cerca del sitio desde el cual entró, herido de muerte, seguramente con afán agónico, para declarar que moría a manos de unos familiares. Valga recordar al mencionar este punto de la familiaridad de los homicidas, que la sindicación a familiares que hace el occiso no exime ni al propio inspector de Policía, puesto que, como lo advirtió el honorable Tribunal, entre muchos de los asistentes a la

celebración del triunfo deportivo había pacientes de los sindicados y del occiso, como la familia Ijají Cortés, la familia Ruiz Mellizo, la familia Mellizo Ruiz, la familia Mellizo Ijají".

"Retomando el discurso, tal omisión de ayuda es un hecho indicador de que los supuestos testigos presenciales nunca apreciaron el trasegar del herido y por ende no vieron a Jesús Hernando Cerón prestarle auxilio y lo que es más reprobable, falsificaron la prueba para hacer coincidir el sitio de salida de Alvaro Mellizo Ijají con el lugar por el cual ingresó el herido.

"Otros puntos de la declaración de Jesús Hernando Cerón que se oponen a las conclusiones del honorable Tribunal son:

"c) Porque ninguno de los testigos que se dice presenciales observa cuando Jesús Hernando Cerón le levanta la camisa al herido Fernando Ijají y le observa la herida en el costillar izquierdo y además se percata de que no tiene más heridas.

"d) Porque ninguno de los testigos supuestamente presenciales, se da cuenta cuando Jesús Hernando Cerón le coloca un pañuelo en la herida a Fernando Ijají Cortés;

"e) Porque Jesús Hernando Cerón, a pesar de ir con dirección hacia el norte, hacia los baños, no se encuentra al herido en el mismo rumbo, ni levantándose de una acequia, sino saliendo herido de los baños, a donde estaba tratando de entrar el testigo cuya declaración fue desfigurada;

"f) Porque Jesús Hernando Cerón no se encuentra con las mujeres que supuestamente están gritando "miren cómo chuzaron a ese muchacho".

"Si, honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el testimonio de Jesús Hernando Cerón, presencial, directo, claro, circunstanciado, imparcial y objetivo, se opone, en mucho, a las conclusiones de la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Popayán, basadas en la apreciación de testimonios *ex creduliate*".

Agrega también en este cargo el recurrente y en relación con el mismo testigo Jesús Hernando Cerón, que el Tribunal distorsionó su dicho al relacionar su expresión de que "la gente comentaba que había sido un "al Alvaro N", no con las lesiones causadas a Jorge Hernán Ijají, como se deduce con claridad de su testimonio, sino con las producidas al occiso.

Cargo tercero:

"El Tribunal -dice- omitió en la apreciación del dictamen pericial, encontrar un indicio sobre la inocencia de Alvaro Mellizo Ijají y, por el contrario, rebasando el alcance de dicha prueba, la consideró como confirmatoria de la responsabilidad de Alvaro Mellizo Ijají" (fl. 318).

Se refiere el casacionista a la necropsia, anotando que según ese dictamen la herida mortal causada a Fernando Ijají Cortés no pudo ser producida "cuando Alvaro pasó rapidito al lado de Fernando Ijají", como dicen los testigos *ex creduliate*.

Cargo cuarto

Argumenta el actor: "El honorable Tribunal incurre en error de hecho por crear una prueba inexistente al afirmar que el móvil fue el llamado de atención que le hizo el hoy occiso a Alvaro Mellizo Ijají" (fl. 319).

Dice que quien fue objeto de esos requerimientos y se portó agresivamente fue Angel Mellizo Ijají, por lo cual el error del Tribunal se ve claro.

Finalmente, el casacionista, con apoyo en una jurisprudencia de esta Sala de Casación (de 31 de octubre de 1989), asevera que como se trata de error de hecho "no se afirma que existe una norma violada" (fl. 321), y pide que se absuelva a su defendido del cargo de homicidio.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal (e) destaca en primer lugar el error que comete el censor al no mencionar las normas violadas, acotando que la jurisprudencia que él mismo cita se refiere es a la no necesidad de aducir como violadas las normas-medio.

En segundo término, indica la Delegada que el libelo de impugnación es un alegato de instancia, en el cual el actor se limita a oponer su personal criterio al del Tribunal.

Pasa en seguida a estudiar los cargos, lo cual hace del siguiente modo:

Cargo primero

Dice que en cuanto a la censura de que no hubo testigos presenciales, lo que acontece fue que el Tribunal realizó una crítica razonable de los testimonios allegados para inferir de ellos la autoría del procesado. "Y así -dice- de toda la lectura del juicioso análisis que hace la providencia atacada, se evidencia que no hubo error, que nunca se les hizo decir a los testigos lo que no dijeron, que por demás y en todo caso de lo que se trataría es de una distorsión, que está claro no la hubo y que las deducciones del Tribunal tienen soporte en todo el conjunto probatorio" (fl. 14 cuaderno Corte).

Cargo segundo

En cuanto a la distorsión del testimonio rendido por Jesús Hernando Cerón, alegada por el casacionista, dice la Delegada que "no demuestra la trascendencia del mencionado error, pues si realmente existió la distorsión es también cierto que el fallador se apoya en otros medios de convicción para llegar a la autoría en cabeza del procesado" (fl. cit.).

Anota que en el fondo, lo que el casacionista desarrolla es un error de derecho por falso juicio de convicción, queriendo que prevalezca su personal punto de vista sobre el del fallo.

Cargo tercero

En cuanto a que el fallador no tuvo en cuenta el indicio en pro del acusado, que reflejaba la necropsia, dice que el indicio es una elaboración mental lógica hecha por el juzgador, y precisa:

"Tampoco se puede demandar un error de hecho por falso juicio de existencia -como lo hace el censor- sobre una prueba que no existe en el proceso -afirmando que se omitió-, pues suficientemente se ha dicho que el indicio no es un hecho físico -del que participa la prueba propiamente como tal- sino una reflexión lógica o acto de valorar a cargo del funcionario judicial, que se construye dentro del proceso (no se aduce) a partir de los elementos fácticos de que se dispone (medios probatorios).

"Al no haber seguridad sobre qué es lo que plantea el censor, se queda sin demostración el error que esgrime y por tanto no puede prosperar".

Cargo cuarto

En cuanto a la queja del censor, de que Alvaro no fue el objeto de recriminación por parte del occiso, dice que aquél "no explica dónde se halla el supuesto error del Tribunal ni la trascendencia del supuesto yerro" (fl. 17).

Anota, en cambio, que lo que el Tribunal hizo fue retomar la declaración de Lida Elis Alvarez, respecto del reclamo que el occiso les formuló a los hermanos Mellizo Ijaji de que "si habían venido a humillar a los de Peña Blanca tenían que jalarlos a todos (fl. 32 vto.)".

Es del criterio la Delegada, pues, que los cargos no prosperan y la sentencia, por tanto, debe permanecer intacta.

Se Considera

En la jurisprudencia mencionada por el casacionista en modo alguno se dice que no es necesario, ni mucho menos que no deban mencionarse, las normas sustanciales violadas. Lo que allí se indica -como lo anotó la Delegada- es que esa omisión procede respecto de las normas-medio; es decir, aquellas a través de las cuales se llega a la violación de la norma-fin. Ello, por la simple razón -se dijo allí- de que en tratándose de error de hecho, lo que se deja de tener en cuenta, se inventa o distorsiona es el medio probatorio, resultando, pues, una cuestión meramente factual. Pero como la causal primera de casación prevé la violación de la ley sustantiva, es obvio que sea necesario indicar cuál es esta ley y de qué manera se transgredió: si por aplicación indebida, por falta de aplicación o por interpretación errónea. En este caso, la norma sustancial violada sería el artículo 323 del Código Penal, norma que consagra el homicidio que discute el casacionista. Se ve entonces nítido que el actor entendió o leyó mal esa jurisprudencia.

Cargo primero

Desde la resolución acusatoria se sostuvo que Cenón Mellizo Ruiz, Jorge Hernán Ijaji Cortés, Lida Elis Alvarez, Luis Alfredo Herazo Gómez, Sumisa Carvajal y Miguel Antonio Jurado fueron testigos presenciales del homicidio. Y repasando sus declaraciones (fls. 1, 5, 19, 32, 46, 47, 48), se precisa que ellos sí afirmaron que el autor de ese homicidio fue Alvaro Mellizo Ijaji, afirmación que se tuvo en cuenta para condenar.

De ahí que el soporte fáctico de este primer cargo sea inexistente, motivo suficiente para que el mismo se torne improspero.

Lo que se ve claro es una discrepancia del actor con el Tribunal en cuanto a la credibilidad que merece una imputación como la referida, cosa que se sale del error planteado para adentrarse en los terrenos del falso juicio de convicción, hoy en principio improcedente si se tiene en cuenta que la sana crítica es la que rige la estimación de las pruebas.

Para corroborar este aserto de la Sala, basta con observar, por ejemplo, cómo el censor trata de desconocer el testimonio de Lida Elis Alvarez, acudiendo a argumentaciones tendientes a restarle su credibilidad:

"Se aprecia la vacilación de la testigo 'vi que', pero también algo más relevante: que la testigo hace depender el hecho de ver de la circunstancia de Alvaro llevar el cuchillo: 'y como Alvaro llevaba el cuchillo vi', o lo que es lo mismo, develando que la fuente de su conocimiento como finalmente lo expuso (cfr. fl. 79), no era la visión normal, el sentido de la vista, sino un medio supletorio de la percepción, no menos importante, pero para efectos procesales muy peligroso, como lo es la imaginación, más peligroso y dañino si se oculta como surtidor del testimonio bajo el encubridor ropaje de un 'yo lo vi'.

"Abundando, para resaltar el detalle que se presenta ante la honorable Corte, la testigo como vio el cuchillo envuelto debió expresar 'y como Alvaro llevaba el cuchille envuelto en una toalla, medio vi que Alvaro le tiró una puñalada a Fernando', pues en nada se diferencian unas gafas empañadas de un cuchillo envuelto en una toalla, si de esta última circunstancia se hace depender el hecho físico de ver cómo una persona hiere a otra.

"Cabe anotar, adicionalmente, que de las citas que hizo la testigo bajo examen, nombrando a otras personas como a Mario Carvajal, ninguna fue corroborada por las personas citadas" (fl. 305).

Cargo segundo

A lo ya dicho sobre este cargo por la Delegada, que la Sala comparte, agréguese para desecharlo, la insalvable contradicción en que incurre el actor al afirmar primero y en relación con una misma prueba (testimonio de Jesús Hernando Cerón) que el Tribunal omitió considerarla (falso juicio de existencia) para luego aseverar que el Tribunal la distorsionó (falso juicio de identidad), lo cual es imposible que suceda cuando un elemento de convicción es ignorado por el juzgador.

Tampoco, pues, prospera este reproche.

Cargo tercero

Ninguna consistencia tiene este cargo en cuanto dice que la autopsia de folio 21 desmiente lo dicho por varios testigos, atañadero a que el procesado Alvaro Mellizo apuñaló a Fernando Ijají Cortés, cuando corriendo abandonaba el lugar de los hechos.

De ese dictamen deduce el actor un indicio que desconoció el sentenciador.

A más de lo que en relación con este reproche manifestó la Delegada, dígase que ninguna consistencia tiene apoyarse en una necropsia practicada después de los seis meses de ocurrida la muerte, y con base en la cual el legista no pudo ni determinar la naturaleza del arma homicida, por el "elevado estado de descomposición del cadáver" (fl. 121).

Las premisas de la argumentación del actor, por tanto, no encuentran serio respaldo probatorio y por ello sus conclusiones son inconsistentes, como que se basan en personalísimas suposiciones suyas, incapaces de por sí para demeritar la prueba que tuvo en cuenta el Tribunal al proferir la condena.

Es que el hecho alegado de que el cadáver (en estado de descomposición, como ya se anotó) revelara hemorragia interna en cuello y abdomen no demuestra por sí solo el aludido punto argüido por el casacionista. En contraste, la forma como dice aquél que

debió ser el golpe de puñal es apenas una personalísima consideración suya, sin ningún respaldo científico ni procesal.

No prospera entonces el reproche.

Cargo cuarto

Dice el censor que el Tribunal inventa cuando sostiene que el móvil del hecho fue la llamada de atención que hizo el hoy occiso al procesado.

Pues bien: mírese qué es lo que dice el sentenciador acerca del móvil del homicidio:

"Lo hasta aquí expuesto nos está indicando el probable móvil delictual, como es la protesta airada de Fernando, a lo que se debe sumar como coadyuvante un estado de alicoramiento en etapa inicial, porque como dicen varios declarantes cuando los hermanos Mellizo llegaron, lo hicieron llevando consigo una media de aguardiente.

"Los dos hermanos pudieron responder, pero el único que estaba armado fue Alvaro, éste esgrimiendo un cuchillo atacó a Jorge Hernán, quien en un comienzo lo esquivó y hasta le dio un bofetón en la cara, hecho que con mayor intensidad alteró al agresor y en un descuido del agredido logró herirlo en la espalda para abandonar inmediatamente el interior de la caseta.

"Retomamos ahora el testimonio de Jorge Hernán, Lida Elis Alvarez y Cenón Mellizo, entre otros, y éstos complementan la observación en cuanto prosiguen con la atención en el agresor, percibiendo cuando aquél pasa frente a Fernando, quien se encontraba en un pilar exterior, luego de lo cual resulta herido. Los anteriores, como los demás declarantes, al unísono expresan que el único que tenía armas era Alvaro y que ocurridos los hechos (sic) éste con su hermano Angel abandonaron el lugar" (fls. 269 y 270).

Es cierto que las concretas llamadas de atención se hicieron a Angel Mellizo Ijají, pero la testigo Lida Elis Alvarez agregó que también oyó cuando Fernando Ijaji Cortés (el occiso) dijo: "Si ustedes han venido a humillar a los de Peña Blanca tienen que jalarnos a todos, aunque nosotros no tenemos ni armas ni hemos venido a pelear" (fl. 32 vto.).

De suerte que ello, unido a los reclamos hechos a Angel Mellizo Ijají, hermano del procesado, no dejan ver ilógico el móvil que éste tuviera para herir primero a Jorge Hernán y luego matar a Fernando.

En tal virtud, no inventó el Tribunal hecho alguno referido al móvil del homicidio, siendo ésta la razón para que el cargo no salga avante.

No prospera entonces la demanda.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

EXTRADICION

Si en el fondo se alega una mala calificación de la conducta, su examen está fuera de la competencia de esta Sala, que debe fundamentar su concepto solamente "en la demostración plena de la identidad del solicitado, en la validez formal de la documentación presentada, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere del caso, en el cumplimiento de los tratados públicos". / El hecho de seguírsele un proceso en el país requerido es cuestión que compete analizar únicamente al Ministerio de Justicia cuando encare la viabilidad de conceder o no la extradición. Es el gobierno quien decide, pues, si ante esa circunstancia, difiere o no la entrega del reclamado. / La garantía de no ser extraditado, por virtud de la misma Constitución, opera exclusivamente para los colombianos por nacimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8642. Extradición.

Aprobado Acta número 104 noviembre 10 de 1993.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1993.

Conceptuará la Sala sobre la solicitud de extradición del ciudadano peruano Guido Fernando León Reátegui.

Antecedentes

1. Mediante Nota Verbal número 606 de 1º de julio de 1993, el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, por conducto de su embajada en Colombia, solicitó la extradición del ciudadano peruano Guido Fernando León Reátegui (fls. 54 a 56, anexo 2).

La Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por medio de Oficio número 156 de 13 del citado mes de julio, conceptuó: "En atención a lo establecido en el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, me permito manifestar que por no existir convenio aplicable al presente caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal" (fl. 60, anexo).

2. Entre la documentación remitida por la embajada, obra, con la debida traducción, copia de la acusación del gran jurado, proferida en contra del reclamado León Reátegui por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, dentro de la causa número 92-173-CR-MOORE.

Se acusó a León Reátegui de "concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína", según hechos ocurridos el 12 de marzo de 1992, de conformidad con las Secciones 841 y 846 del Título 21 del Código de los Estados Unidos.

En el anexo número 2 milita también documentación referente a las normas penales aplicables, de conformidad con las cuales la acción penal no ha prescrito; a una declaración de culpabilidad que hizo el reclamado en relación con uno de los cargos; a la plena identificación de León Reátegui y al auto de arresto dictado en su contra.

3. Mediante Nota Verbal número 262 de 22 de abril de 1993 (fls. 2 a 4 del anexo 1), el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica había pedido la detención provisional de León Reátegui con fines de extradición, detención que la Fiscalía General de la Nación decretó el 23 de los referidos mes y año (fls. 11 a 13), y que se hizo efectiva el 5 de mayo subsiguiente. En la actualidad el reclamado se encuentra en la cárcel de La Picota.

No se solicitaron ni se ordenaron pruebas, corriéndose entonces el correspondiente traslado para alegar (fl. 17 cuaderno Corte)

4. El Jefe de la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, mediante oficio 002495 de 31 de agosto/93, informa a esta Sala "que en contra del señor Guido Fernando León cursa el proceso número 110.080, por el delito de falsedad, en la Fiscalía 210 de la Unidad Novena de Patrimonio de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá" (fl. 31 Cuaderno Corte).

5. En su alegato, el defensor del requerido León Reátegui aduce lo siguiente:

a) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, no cree que "las normas penales aplicables al caso", remitidas correspondan con las que informan la acusación del gran jurado;

b) Que de acuerdo con el artículo 560 del Código, como en contra del reclamado en extradición se sigue en Colombia otro proceso, "la extradición resulta improcedente".

Luego concluye:

"Considero de fundamental importancia que para el caso que nos ocupa se extienda lo indicado con el artículo 35 de la Constitución Nacional sobre la no extradición para los nacionales, ya que analizando los aspectos filosóficos de la norma el criterio del legislador era la de prohibir la extradición, como mecanismo de fuerza para el juzgamiento.

"Si bien es cierto, el implicado es un extranjero, esos alcances podrían abarcar una atenuación en favor de mi representado más aún si consideramos lo preceptuado en el artículo 100 de la Carta, que dice que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. No obstante, la ley podrá por razones de orden público subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

"Igualmente la norma da a los extranjeros las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

"Si analizamos el texto del anterior precepto, observamos que la intención legislativa es la de dar las mayores garantías posibles a los extranjeros, no desconociendo la defensa que existen normas de carácter procedimental que regulan la extradición de extranjeros, pero en sano criterio es pertinente que bajo los preceptos anotados no se conceptúe en favor de la extradición".

Se Considera

1. Según el numeral 4° del artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud de extradición deberá contener "copia auténtica de las disposiciones penales aplicables al caso".

Esa copia auténtica obra a folios 6 y 7 del anexo No. 2 de este expediente. Allí se transcriben las normas pertinentes a las Secciones 841 y 846, del Título 21 del Código de los Estados Unidos, normas que igualmente se encuentran dentro de la acusación del gran jurado, como receptoras del comportamiento del "delito federal de narcóticos" (fl. 2 del anexo), imputado al requerido León Reátegui.

De lo anterior se colige que carece de razón el defensor del reclamado al respecto, máxime que lo que en el fondo alega es una mala calificación de la conducta, cuyo examen está fuera de la competencia de esta Sala, que debe fundamentar su concepto solamente "en la demostración plena de la identidad del solicitado, en la validez *formal* de la documentación presentada, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere del caso, en el cumplimiento de los tratados públicos" (se destaca).

2. Es cierto que al reclamado en extradición se le adelanta un proceso en Colombia por el delito de falsedad. Según las claras voces del artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, el hecho de seguírsele un proceso en el país requerido es cuestión que compete analizar únicamente al Ministerio de Justicia cuando encare la viabilidad de conceder o no la extradición. Es el gobierno quien decide, pues, si ante esa circunstancia, difiere o no la entrega del reclamado.

De suerte que esa circunstancia es ajena para la emisión del concepto que debe rendir la Sala.

3. El defensor sostiene que a su defendido, aunque es extranjero, no se le debe extraditar, ya que en su concepto a él también se le debe dar el mismo trato que se les brinda a los colombianos por nacimiento, en relación con quienes está vedada la extradición (art. 35 C. N.), toda vez que el artículo 100 de esa misma normatividad establece que los nacionales colombianos y los extranjeros gozan de iguales garantías y derechos civiles.

No. El artículo 35 de la Carta Política dice claramente:

"Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento.

"No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión.

"...".

Y el artículo 100 *ibidem* dispone:

"Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

"Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

"...".

Se puede ver nítido entonces que la garantía de no ser extraditado, por virtud de la misma constitución, opera exclusivamente para los colombianos por nacimiento; y el aquí reclamado, Guido Fernando León Reátegui, es ciudadano peruano.

Por consiguiente, no es dable hacer extensiva a los extranjeros esa garantía.

4. Por último, debe decirse que el referido delito por el cual se procede en este caso está sancionado en Colombia con pena mínima mayor de 4 años (Ley 30 de 1986 arts. 33 y 38), que no ha prescrito y que no es de naturaleza política.

Preciso es, pues, que la Corte emita concepto favorable a la extradición del mencionado ciudadano peruano (art. 557 C. de P. P.).

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

RESUELVE:

Conceptuar *favorablemente* respecto de la solicitud de extradición a los Estados Unidos de Norteamérica del ciudadano peruano Guido Fernando León Reátegui.

Envíese el expediente al Ministerio de Justicia.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

INVESTIGACION / DEBIDO PROCESO / NULIDAD

El quebranto de la investigación integral llevaría el proceso a su etapa sumarial, al paso que lo relacionado con la falta de motivación de la pena afectaría tan sólo la sentencia, lo que presupone la legalidad de lo actuado antes de cerrarse el juicio con la decisión de fondo. / Las deficiencias de la averiguación, en lo que lo omitido podría devenir en consecuencias favorables para el procesado, por su contenido y forma de expresión, están muy lejos de condensarse en lo que tradicionalmente se entiende como violación o desconocimiento del debido proceso. / Lo excluido en el campo de las comprobaciones realizadas por el instructor no puede mirarse bajo esta óptica de actuaciones imprescindibles, esenciales y de una tal naturaleza, que estigmaticen, siquiera hipotéticamente, la averiguación como imperfecta, desacertada y poco confiable.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8163. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 103 noviembre 9 de 1995.

Santafé de Bogotá, D. C., 11 de noviembre de 1995.

Vistos

Resuélvese el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, fechada el tres de septiembre de mil novecientos noventa y dos, confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado 17 Superior de la misma ciudad (abril 29/92), y mediante la cual, por dos delitos de homicidio agravado, en concurso con hurto calificado y agravado, se impuso a José Gustavo Yara Zamudio veinticinco (25) años de prisión, así como la interdicción de derechos y funciones públicas y el consiguiente pago de perjuicios morales y materiales.

La impugnación, como tal, fue admitida en auto de catorce de octubre del citado año, y la demanda respectiva lo fue en proveído de primero de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Hechos

Buen conocimiento tenía el procesado Yara Zamudio, sargento segundo de la Policía Nacional para la fecha de los sucesos, de las actividades comerciales (negocio de

joyas) de los hermanos Mario Raúl y Hernán Contreras Buitrago. Mediante el contacto de Julio Norberto Avila Roa (hoy fallecido), a quien conocían y dispensaban confianza los Contreras, logró el sentenciado hacerles conocer su interés por adquirir un lote de esa valiosa mercancía, avaluada en unos diez millones de pesos, llegándose a convenir como fecha para la transacción el 19 de mayo de 1988, en casa de aquél, situada en la transversal 47A con Diagonal 4a. sur. barrio La Fonderosa, aunque previamente se convino con desconocidos sicarios la muerte violenta de los Contreras Buitrago. Estos, en horas de la noche, llegaron al lugar convenido, estacionaron su camioneta en sitio próximo y penetraron a la casa de Yara Zamudio. Tiempo después, cuando intentaban poner en marcha su automotor, quienes esperaban este momento oportuno, los sorprendieron atacándolos con poderosas armas de fuego, por ambos costados del vehículo, ocasionándoles su muerte instantánea y desapareciendo tanto las joyas como sus víctimarios. Cuando se produjo el levantamiento de los cadáveres, Yara Zamudio estaba presente en el lugar y pese a conocer, por su ocupación, a varios de los representantes de la autoridad que intervenían en la diligencia y, por supuesto, a los interfectos, quienes apenas si acaban de abandonar su casa de habitación, guardó silencio. Después, por las pesquisas realizadas, se supo todo ello, como también que Yara Zamudio, cuando fuera privado de libertad, dio a guardar parte de las joyas hurtadas a los hermanos Contreras, como también, que las había dejado en prenda en San Andrés Islas, por habérsele facilitado la suma de doscientos mil pesos, retirándolas y vendiéndolas a la postre a personas no identificadas.

Trámite

Así lo determina el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El levantamiento de los cadáveres fue cumplido por el Juzgado 98 de Instrucción Criminal Permanente de la época, en la noche del día 19 de mayo de 1988 y por esta misma autoridad, cumpliendo con el auto de diligencias preliminares escuchó la declaración de Gonzalo Contreras Buitrago.

"Por reparto conoció de la investigación el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, quien preliminarmente oyó en ampliación de declaración a Gonzalo Contreras Buitrago, como también a Ana Emilia Buitrago de Contreras y Luz Marina Buitrago de Contreras, después de lo cual decretó la apertura de la investigación con auto de junio 9 de 1988.

"Habiéndole correspondido, finalmente, el proceso al Juzgado 111 de Instrucción Criminal, autoridad que recopiló abundante prueba testimonial y practicó algunas inspecciones judiciales, para igualmente vincular mediante indagatoria a Yara Zamudio y con declaración de persona ausente a Avila Roa, a quienes oportunamente les fue resuelta su situación jurídica, afectándoseles con auto de detención.

"Clausurada la etapa instructiva y previos los traslados de rigor, fue calificado el mérito del sumario, en proveído del 10 de agosto de 1990, profiriéndose resolución de acusación en contra de los procesados en su condición de coautores de los delitos de homicidio en concurso y hurto agravado, decisión confirmada por el Tribunal al momento de desatar la apelación incoada por la defensa, precisando que los cargos se imputan como determinadores del hecho.

"Adelantada la etapa del juicio y practicadas en lo posible las pruebas decretadas, se declaró extinguida la acción penal para Avila Roa por muerte, y fue proferida sentencia de primer grado en la que se condenó a Yara Zamudio, de conformidad con el pliego de cargos, determinación ésta en su mayoría confirmada por el Tribunal Superior al responder la apelación propuesta por el defensor del procesado, acorde con lo reseñado en precedencia".

Demanda

Al amparo de la causal 3ª del artículo 220 del C. de P. P. (sentencia dictada en juicio viciado de nulidad), se formulan dos cargos:

1. Se desconoció el mandato de la investigación integral (lo favorable y desfavorable al procesado). Sobre el particular se citan los artículos 29 de la C. Política (debido proceso), 9º y 33 del C. de P. Penal y, en relación con los aspectos fundamentales omitidos en la averiguación, se menciona lo siguiente, todo tomado de las manifestaciones del abogado Gonzalo Contreras Buitrago, al día siguiente de los hechos y en su declaración de dos de junio de 1988, consanguíneo que también se constituyó en parte civil:

a) Edilberto Contreras Buitrago fue vilmente asesinado el 20 de enero de 1988, en Garagoa. El Juzgado 14 de Instrucción Criminal adelanta este proceso. Se ignoran resultados;

b) Los occisos estaban dedicados a compraventa de automotores y finca raíz y ayudaban a su progenitora en una droguería y restaurante que ésta posee. Pero no se dieron mayores datos al respecto, lo cual era de suma importancia conforme a lo dispuesto en los artículos 334-2 a 4º del C. de P. P.;

c) Como enemigos del doctor Gonzalo Contreras, y por reflejo también de sus hermanos, se menciona a Bartolomé y Paolo Amaya Monroy y a los familiares de éstos, a causa de un proceso civil entre Pedro A. Sacristán y Carlota vda. de Niño, que a su vez originó un proceso penal contra el primero de ellos por un atentado, a bala, a Alfonso Contreras Buitrago (julio 15/85). De esto nada se sabe;

d) Los Amaya Monroy tenían a los Contreras Buitrago como narcotraficantes. Nada se averiguó y el recurrente se pregunta si había algo de cierto en esto;

e) Desde la muerte de Edilberto Contreras se comentaba en Garagoa que la muerte de todos sus familiares era cuestión de tiempo, de donde la mortal agresión a que se refiere este proceso bien pudo ser un simple eslabón de esta cadena de venganzas y atentados;

f) Desde la muerte de Libardo Contreras Buitrago (dos años, cuatro meses antes), Mario Raúl y Hernán tenían por enemigo a Luis Antonio Buitrago Alfonso. De esto no se aportaron mayores detalles;

g) Julio Norberto Avila, desde tiempo atrás, se había hecho muy "amigo de un amigo de apellido Roa de Luis Antonio Buitrago Alfonso" -cita textual- y "éstos se habían entrevistado antes de su muerte con Mario Raúl";

h) Los interfectos utilizaban chalecos antibalas, especialmente Hernán, y portaban armas para protegerse de un ataque sorpresivo, pues eran permanentemente amenazados por teléfono;

i) La camioneta en que se movilizaban el día de los hechos la habían adquirido un mes antes del doctor Rodrigo Ruiz.

Se termina anotando que un viaje a Garagoa, por parte del Instructor, habría aportado evidencias acerca de las armas y de la munición que se utilizó para matar a Libardo y Edilberto Contreras Buitrago y para atentar contra el odontólogo Alfonso Augustín Contreras Buitrago; y también se trae a colación la captura ordenada por el Juzgado 46 de Instrucción Criminal (agosto 30/88) para Hernán Contreras Buitrago.

2. La dosificación de la pena exhibe falta de análisis en el fallo emitido por el Tribunal. Y, en cuanto al momento de desaparición de los bienes, el punto se tiene como de poca importancia, lo cual, para el recurrente, resulta en sentido contrario si se vincula el tema a la culpabilidad que como determinador se dedujo a Yara Zamudio.

En este segmento se cita la transgresión del art. 246 del C. de P. P.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

1. Para la Delegada, y la conclusión la respalda la Sala, la demanda se constituye en un verdadero compendio de defectos, suficientes para dar al traste con la pretensión. A grandes rasgos éstos son los puntos más salientes:

1.1. No resulta conciliable la unificación que pretende el censor en cuanto al fenómeno anulatorio, apoyado en las dos censuras, pues el quebranto de la investigación integral llevaría el proceso a su etapa sumarial, al paso que lo relacionado con la falta de motivación de la pena afectaría tan sólo la sentencia, lo que presupone la legalidad de lo actuado antes de cerrarse el juicio con la decisión de fondo. La alegación no dilucida ni ofrece solución, y la misma no deja de observarse como contradictoria.

1.2. Las deficiencias de la averiguación, en lo que lo omitido podría devenir en consecuencias favorables para el procesado, por su contenido y forma de expresión, están muy lejos de condensarse en lo que tradicionalmente se entiende como violación o desconocimiento del debido proceso.

1.3. Buena parte del raciocinio que inspira este primer cargo, y atinente a omisiones probatorias, tendría que mirarse como esfuerzo dirigido a investigar inusitadamente a los sujetos pasivos del injusto ataque y en manera alguna a corroborar citas del implicado o alguna cualquiera circunstancia que le fuera favorable a éste de frente a las imputaciones hechas en su contra.

1.4. Lo excluido del campo de las comprobaciones realizadas por el instructor, aspecto magnificado por el recurrente, no puede mirarse bajo esta óptica de actuaciones imprescindibles, esenciales y de una tal naturaleza que estigmaticen, siquiera hipotéticamente, la averiguación como imperfecta, desacertada y poco confiable. De ahí que, como lo recuerda el Ministerio Público, resulta perentorio citar este pasaje de la Corte: "No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas; es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienen un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado". (C. S. J. Cas. nov. 29 de 1984. Dr. Fabio Calderón Botero).

1.5. Conviene agregar, y el tema destaca notoria trascendencia, que la demanda se olvida por completo de replicar las apreciaciones contenidas en el fallo, que tienen en

soporte de realidad procesal, argumentación ésta que hace ver el acierto del instructor al orientar su labor a perfilar a Yara Zamudio como determinador de los autores materiales que eliminaron a los hermanos Contreras, sin dejarse desviar hacia otros objetivos, esto es, vincular a personas que en el pasado pudieron tener problemas con ellos o con sus familiares. Haber actuado en ese sentido, como ahora lo reclama el demandante, hubiera sido abandonar derroteros ciertos y atendibles y sembrar el proceso de vicisitudes probatorias que le eran ajenas.

En el campo de las especulaciones, sin llegar a los sensibles y reprochables extremos de impugnador, a quien para volver borroso el proceso le basta insinuar o recordar una transacción legítima (la adquisición de la camioneta), o aludir a un indeterminado oficio (ayudaban en una droguería o en un restaurante), o mencionar la prenda -chaleco antibalas- utilizada por las víctimas (tan usual hoy en día en nuestro agitado medio social), etc., bien podría también pensarse que Yara Zamudio se sentía bien protegido en la realización de su cometido criminal, pues antes que imputarse a él este crimen, se trataría de buscar a su autor o autores en el vasto campo de enemigos que podían tener los Contreras y sus familiares.

Pero la propia conducta del procesado, descuidada en otros fundamentales factores, terminó por perderlo. Basta recordar, sumariamente, que dio más de una versión sobre el motivo de la visita de los hermanos Contreras a su casa (compra de un campero, arreglo de un arma de fuego); que trató de desvanecer circunstancias graves de compromiso, invocando la presencia del teniente Gustavo Rivillas, con rotundo mentís de éste; que su aparición en el lugar de los hechos pretendió disfrazarla como actitud de simple y ajeno espectador, aunque luego invocó haber suministrado informaciones al teniente Acosta y al capitán Jaramillo, quienes tampoco lo secundaron en este intento; que las desaparecidas joyas fueron vistas en su poder, tanto cuando estuvo privado de libertad, como cuando viajó a San Andrés Islas y fue retenido allí por violación a la Ley 30 de 1986; etc.

El recurrente, para poder abrir camino a su personalísima evaluación (otros muchos pudieron querer y realizar la muerte de los Contreras), debió empezar por el descrédito y réplica de los resultados positivos obtenidos, fundamento serio de la condena impartida. Mientras esto no adquiriese entidad, sus críticas apenas se insertaban en la conjetura y necesariamente perdía toda incidencia en la definición de este caso judicial. Porque de no, la vida de peligro que afrontan ciertas personas (esmeralderos, narcotraficantes, abigeos, sicarios, etc.), a los cuales más de uno busca y quiere eliminar, se constituiría en obstáculo insalvable para llegar a efectivas y concretas averiguaciones respecto de la persona ejecutora de la conducta delictuosa, pues siempre se podría decir que la investigación no agotó los aspectos favorables a ese procesado, llegándose entonces a exigir, para admitir la bondad del proceso, una prueba diabólica: saber a ciencia cierta qué hizo cada uno de sus enemigos, declarados y encubiertos, y los familiares de éstos. O sea que como tantos pudieron matarlo, a la postre nadie le dio muerte o al menos de nadie pudo saberse algo específico. Una singular modalidad de *Fuenteovejuna*, en la cual no lo fueron "todos a una".

2. Resulta incuestionable que las razones expuestas para dosificar la pena no constituyen paradigma al respecto. Y no se afirma esto por su sintética elaboración, pues aun siendo conciso, por lo mismo que la brevedad es el alma del talento, se puede cumplir exhaustivamente con todo lo que la ley manda sobre el asunto. Pero lo que el

Tribunal apuntó sobre el particular, que fue lo mismo que indicara el fallador de la primera instancia, puesto que dio por reproducida su tarea, es suficiente para estimar esas consideraciones como adecuadas a este fin y rechazar la censura en el plano que ésta pretende imponerse, esto es, que faltó motivación en el ámbito punitivo. Los falladores señalaron el mínimo de lo que dispone la ley para el homicidio agravado, como punto de partida (y en esto sí pecaron porque más de un factor de los previstos en los artículos 61 y 66 del C. Penal llevaban a elevar este básico señalamiento), intensificándolo en ocho años por el concurso de delito de igual naturaleza, elevando todo esto en un año más por razón del hurto calificado y agravado (su cuantía era de unos diez millones de pesos, y sus modalidades resultaban de impresionante gravedad), hitos todos éstos que permitían conocer el pensamiento de los falladores y su acomodo a la realidad de las conductas descubiertas, posibilitándose así su cuestionamiento integral.

No merece atención lo relacionado con la culpabilidad en el hurto, cargo apenas si entrevisto, pues no mereció su exigible desarrollo, limitándose la demanda a malinterpretar una expresión de la sentencia, locución bastante lógica, pues queriéndose (determinador) el apoderamiento de las joyas de los hermanos Contreras, para lo cual se procuró su muerte, el momento del despojo (desde la casa hasta el lugar en donde se los eliminó) carecía de importancia, al menos en el grado que pretende atribuirle el recurrente.

Los cargos se desechan.

En cuanto a la anulación del fallo del Tribunal en la parte en que aumentó desmedidamente la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, decisión que debe y puede asumirse de manera oficiosa (arts. 44 C. Penal, 228 y 229-1 del C. de P. P.) la Sala asiente al pedimento de la Delegada.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente el fallo recurrido, ya indicado en su fecha, origen y contenido, sólo en cuanto a la pena accesoria de interdicción de derechos y de funciones públicas, sanción que se reduce a un término de diez años.

En lo demás rige la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD

Las nulidades se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 304 del C. de P. P. estando expresamente prohibido por el artículo 308 del mismo estatuto declarar la nulidad de un proceso por causas distintas señaladas en la ley. La simple disparidad de criterios entre dos funcionarios en la evaluación de la prueba no puede constituir en ningún caso causal de anulación de un juicio penal. / Las nulidades son sanciones que sufren las actuaciones procesales que han omitido los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento y que han sido establecidos para salvaguardar los derechos de los sujetos procesales. / Si el motivo de nulidad es real, y lesiona en forma grave el debido proceso o las garantías fundamentales del procesado, el Juez no sólo puede, sino que está en el deber de decretar aun oficiosamente la nulidad de la actuación para reparar el agravio, aun cuando esta medida pueda llevar, en un futuro, a hacer más gravosa la situación del acusado. / No puede aceptar la Sala la petición en el sentido de que la nulidad sólo cobije el fallo impugnado y profiera la Corte sentencia de sustitución, entre otras razones, porque el vicio generador de nulidad se originó en una actuación anterior a la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7912.

Magistrado Ponente. Dr. *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 104 - Nov. 10/93.

Santafé de Bogotá. D. C., 12 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor del procesado Oscar de Jesús Giviria Restrepo contra la sentencia del 15 de julio de mil novecientos noventa y dos, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a su asistido a la pena principal de treinta y siete meses, diez días de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Hechos y Actuación Procesal

Los primeros aparecen relatados con acierto en la sentencia del Tribunal Superior, así:

"...Aproximadamente a las diez y treinta de la noche del miércoles 20 de noviembre de 1991, un número indeterminado de individuos en posesión de armas de fuego, se presentó al bloque de contaduría de la Universidad Cooperativa de Colombia, con sede en esta capital, amenazó y sometió a los tres vigilantes que allí se encontraban, obligándolos a franquear el paso, entregar las llaves y conducirlos al salón de computadores, a trasladar éstos al piso bajo, entrada del edificio, y embarcarlos en una camioneta previamente dispuesta para el efecto; concluida esta faena delictuosa, los tres celadores fueron atados al piso y los asaltantes abandonaron el sitio con la mercancía. Como pudieron, los vigilantes se desataron, solicitaron ayuda del vecindario, se dio aviso a la policía y esta institución dio la alerta sobre el particular.

"Pocas horas después, ya en la madrugada del 21 de noviembre, una patrulla de la policía capturó en zona urbana de Itagüí (cerca a la plaza mayoritaria) al ciudadano Oscar de Jesús Gaviria Restrepo, quien conducía una camioneta GMC, modelo 1966, placas LK 3702 en la cual transportaba 25 computadores, 22 teclados, 8 impresoras, 2 estabilizadores, 30 cubiertas plásticas, mercancía elemento del delito referido y la cual, al igual que el señor Gaviria, fue dejada a disposición de las autoridades judiciales...".

Adelantado el proceso, siguiendo el trámite del procedimiento abreviado, el Juez del conocimiento dictó sentencia de primera instancia el 11 de marzo de 1992, condenando a Oscar de Jesús Gaviria Restrepo, única persona identificada y quien fuera capturado cuando conducía el vehículo con los elementos ilícitamente sustraídos, a la pena principal de dieciocho meses, veinte días de prisión, como responsable en calidad de cómplice del delito de hurto objeto de la investigación.

Contra esta decisión interpuso en oportunidad el recurso de apelación el abogado defensor, y el Tribunal Superior de Medellín, mediante auto del 20 de mayo del mismo año, declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia, disponiendo el reenvío del expediente para que se profiera nuevo fallo acorde con lo demostrado en el proceso.

En acatamiento a lo dispuesto por el Superior, el Juzgado Primero Penal del Circuito profirió nuevamente sentencia, condenando al acusado a la pena principal de treinta y siete meses, diez días de prisión, como autor del delito de hurto. Se le condenó igualmente, en concreto, al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Apelada esta decisión, el Tribunal Superior le impartió aprobación integral mediante la sentencia que es recurrida ahora en sede de casación por el defensor público del acusado.

La Demanda

Dos cargos formula contra la sentencia del Tribunal el abogado recurrente. Con referencia al cuerpo segundo de la causal primera de casación (art. 220 del C. de P. P.), afirma el impugnante que el Tribunal "...incurrió en violación de la norma sustancial proveniente del error de hecho, por haberse ignorado prueba testimonial obrante en el

plenario y por lo tanto haber omitido su apreciación...". Que por haberse ignorado dicha prueba, agrega el demandante, se dejó de aplicar el artículo 40 del C. Penal y se desconoció que el acusado obró bajo insuperable coacción ajena.

Cita como pruebas no estimadas por el Juzgador la indagatoria del acusado, donde éste afirma haber sido coaccionado por cuatro o cinco personas desconocidas que cargaron su vehículo con los bienes hurtados y lo obligaron a transitar con ello por la ciudad, hasta cuando fue capturado por la policía.

Reproche de igual modo el no haberse apreciado la declaración jurada del señor John Jairo Correa Vélez, quien sostuvo ante la justicia ser el propietario del vehículo retenido por la policía y en el cual se encontraron los computadores, y habérselo facilitado al acusado para que lo utilizara en el transporte de pasajeros, cosa que hacía con relativa frecuencia. Considera que este testimonio respalda en su integridad la versión del inculpado, a quien se le debe otorgar plena credibilidad.

Se ocupa luego el impugnante en su extenso escrito, de las declaraciones que permitieron al juzgador atribuir responsabilidad penal al acusado, entre ellas la del suboficial de la Policía Henry Araújo Ruiz, quien comanda la patrulla que realizó la captura; las de los agentes Samuel Andrade Martínez, Humberto de Jesús Ciro Zuleta y Raúl Daza Jaramillo, testigos que según el recurrente entran en ambigüedades y contradicciones que les restan credibilidad y permiten deducir fundadamente que mintieron ante la justicia con el malsano propósito de perjudicar al acusado. Concluye este cargo afirmando que el sentenciador distorsionó la prueba al dejar de apreciarla en su conjunto y por ello dejó de aplicar la causal de inculpabilidad del artículo 40 del C. P., cuyo reconocimiento solicita de la Corte, mediante la profación de una sentencia absolutoria.

En un cargo segundo, que el actor formula como subsidiario, se solicita a la Corte invalidar los fallos de primera y segunda instancias, por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, con apoyo en la causal 3ª del artículo 220 del C. de P. P.

Afirma el casacionista que el Tribunal, al dictar el auto que anuló la sentencia de primera instancia, quebrantó los principios que rigen la administración de justicia en un estado de derecho. Cita como normas quebrantadas los artículos 29, 31 y 230 de la Constitución Nacional y los artículos 1º, 6º, 16, 17 y 22 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Considera el casacionista que el Tribunal Superior de Medellín decretó la nulidad de la sentencia del 11 de marzo de 1992 proferida por el Juez del Circuito de Medellín, por considerar que ésta adolecía de irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso, pero que en esencia la razón que tuvo la Corporación para llegar a esta conclusión fue la de que "... abrumadoramente la probanza certifica que el procesado Oscar de Jesús Gaviria Restrepo merecería, en caso de declaratoria de responsabilidad, el encuadramiento de su participación en calidad de coautor...".

Argumenta el casacionista que el debido proceso se quebrantó "...por parte del fallador *ad quem*, al haber prejuzgado de la forma como lo hizo en la providencia de mayo 20 de 1992, cuando sin el menor recato estableció en el análisis probatorio de la responsabilidad de mi defendido, al concluir que la conducta de Oscar de Jesús Gaviria merecía el encuadramiento de su participación en calidad de coautor y no de cómplice...

De modo alguno con ello se salvaguardó el muy citado derecho fundamental; por el contrario, se vio reducido casi que a una postura de desporismo judicial, cuando pretermitió con su análisis, valoración y conclusión la posibilidad de defensa en la segunda instancia...".

Sostiene el impugnante que el Tribunal, con su decisión, quebrantó lo preceptuado en el artículo 31 de la Constitución, pues al decretarse la nulidad se hizo más gravosa la situación jurídica del procesado, que ya había sido condenado a una pena menor y disfrutaba del beneficio de la condena de ejecución condicional, violándose así la prohibición de la *reformatio in pejus*, si se tiene en cuenta que el sentenciado era único recurrente.

Finalmente, aduce el casacionista que la sentencia del Tribunal quebrantó el artículo 230 de la Carta, pues los jueces deben estar sometidos únicamente al imperio de la ley, ya que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho son apenas criterios auxiliadores de la actividad judicial, o en el caso de examen, el juez no tuvo la independencia necesaria para aplicar la ley de acuerdo con su personal criterio.

Concepto del Ministerio Público

Siguiendo el orden de prioridades, la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal inicia el estudio de la demanda por la causal de nulidad alegada y considera que en realidad en el caso de estudio se quebrantaron en el juzgamiento del acusado principios fundamentales de derecho consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados y Convenios Internacionales.

Afirma la Delegada que el artículo 29 de la nueva Constitución establece como derecho fundamental el del debido proceso, que comprende la aplicación de reconocidos principios como el de la legalidad del juicio, el de la favorabilidad en materia penal, el del derecho de defensa técnica y material, el de la doble instancia, el de la prohibición del *non bis in idem*, la prohibición de la *reformatio in pejus* y el de la finalidad del procedimiento, que no es otro que la efectividad del derecho sustancial y la observancia de las garantías debidas a las personas que en él intervienen. Y agrega:

"...Pues bien. Dentro de esta concepción del debido proceso y para el caso específico sometido a estudio de esta oficina, preciso es comprender que los principios de la doble instancia y el de la interdicción de la reforma peyorativa tienen un contenido garantista para el procesado y no simplemente formal, lo que impone entenderlos no como una mera ritualidad, sino como principios en interacción recíproca en la cual el segundo fija los límites a las facultades del sentenciador de segunda instancia, cuando el condenado sea apelante único. Y el primero debe aplicarse en su justa medida para que no traspase los confines de la garantía procesal en forma tal que, so pretexto de la revisión de la sentencia, se desconozca la prohibición constitucional de la *formatio in pejus*...".

Pasando al campo de las nulidades, expresa la Procuraduría que éstas se hallan contempladas en forma taxativa en el artículo 304 del C. de P. P., estando por tanto prohibida la creación de motivos de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 308 del mismo estatuto, según el cual: "No podrá declararse ninguna nulidad distinta de las señaladas en el artículo 304 de este Código".

Considera la Procuraduría que el Tribunal Superior de Medellín desatendió estos preceptos y conceptúes "...en su providencia del 20 de mayo de 1992, pues al no compartir la evaluación probatoria que había hecho su inferior y las conclusiones con trascendencia jurídica a las que llegó, estimó que tal divergencia constituía una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, invadiendo así la esfera del proceso de juzgamiento con una causal no contemplada en la ley...". Y agrega en su concepto:

"...En el presente caso, si bien no hubo un aumento putativo en la sentencia de segunda instancia impugnada, indirectamente se logró la reforma peyorativa por vía de la nulidad de la sentencia de primer grado en la que se condenó al procesado en la categoría de cómplice, el Tribunal declaró su nulidad por considerar que violó el debido proceso, pues el procesado debió ser condenado como coautor... En lo que hace referencia a la afirmación del Tribunal en la providencia objeto de estudio, "...el Juzgador tiene la obligación de fallar en concordancia con la entidad de la prueba, admite la Delegada su validez y reconoce que ello permite el desarrollo del principio de la doble instancia en busca de la protección de las garantías de los sujetos procesales dentro de la actuación penal, habida cuenta de que con él se asegura una resolución más integral y es la oportunidad para que otro juez, en este caso plural, se pronuncie sobre las inconformidades de las partes intervinientes, pero nunca será causal de nulidad el hecho de que el juez de segunda instancia no esté de acuerdo con las valoraciones del de la primera, porque, como ya se expresó, las causales de nulidad son taxativas y son una medida extrema para corregir irregularidades que por otra vía no pueden ser resueltas y además violan el debido proceso y en especial el derecho de defensa...".

Recuerda el señor Procurador una decisión de la Corte, de fecha veintiocho de abril del año en curso y en la cual la Corporación decretó oficiosamente la nulidad de una sentencia que se revisaba en sede de casación "por motivación defectuosa del fallo". "...por contrasentidos, incoherencias, interpretaciones múltiples, planteamientos equívocos y consecuencias ambiguas que acaban por sembrar desconciertos..." y aunque manifiesta no compartir la aludida providencia, considera que ella no es aplicable al caso de estudio, porque el fallador de primera instancia había realizado en su sentencia un análisis serio y claro de todo el material probatorio, para concluir sin ambigüedades ni contradicciones que la conducta del procesado sólo podía ubicarse en el campo de la complicidad y no de la coautoría, pues se había limitado a prestar una ayuda a los verdaderos autores del hecho punible.

Afirma, en consecuencia, la Delegada que se incurrió por parte del Tribunal, al decretar una nulidad inexistente, en una violación al principio de la doble instancia que trascendió a causar perjuicio real a los derechos del implicado, pues su pena fue agravada, conculcándose el derecho fundamental de la prohibición de la reforma peyorativa, todo lo cual constituye un desconocimiento del debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público solicita a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia del 20 de mayo de 1992, y proceder a dictar la sentencia de segunda instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 229-1 del C. de P. P.

Pero en el supuesto de que la Corte no acepte el anterior planteamiento, es el parecer de la Delegada que no se case la sentencia por la causal primera de casación, ya que los

cargos que al respecto formula el recurrente carecen de todo fundamento y no corresponden a la realidad procesal. Afirma que la causal de exclusión de culpabilidad por coacción ajena que como recurso defensivo asomó el inculpado en su indagatoria es inaceptable, porque no está demostrado en el proceso que la voluntad del actor fuera vulnerada o que no tuviera la capacidad de resistir y que es, por el contrario, evidente que participó en los hechos con una voluntad encaminada al delito.

Consideraciones de la Corte

Como es lógico, la Corte procede a analizar en primer término los motivos de nulidad alegados por el recurrente y apoyados y reforzados por el señor Procurador Tercero Delegado, ya que de prosperar cualquiera de ellos se haría innecesario el estudio del reproche formulado con fundamento en la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

La actuación adelantada dentro de la presente causa y que despertó la inconformidad del impugnante y del señor Procurador Delegado se puede resumir así para mayor claridad y entendimiento:

Dentro del presente proceso y siguiendo el procedimiento abreviado vigente para entonces, el Juez del conocimiento puso fin al proceso en la primera instancia, condenando a Oscar de Jesús Gaviria Restrepo a la pena principal privativa de la libertad de dieciocho meses, veinte días de prisión por haber sido hallado penalmente responsable en su calidad de cómplice, del delito de hurto objeto de juzgamiento. Se le otorgó al sentenciado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

De esta decisión apeló exclusivamente el abogado defensor del procesado, por considerar que su asistido debía ser amparado por una causal de inculpabilidad al haber obrado por insuperable coacción ajena.

El Tribunal Superior de Medellín, al revisar la sentencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa, consideró que "...abrumadoramente la probanza certifica que el procesado Oscar de Jesús Gaviria merecería, en caso de declaratoria de responsabilidad, el encuadramiento de su responsabilidad en calidad de coautor ." y por ello mediante auto del 20 de mayo de 1992, decretó la nulidad de la sentencia apelada, para que el juez de la primera instancia profiriera un nuevo fallo donde se dedujera el grado de responsabilidad del acusado de acuerdo con lo demostrado en el proceso.

En acatamiento a lo dispuesto por el Superior, el señor Juez del Circuito profirió una nueva sentencia en la cual se condena a Gaviria Restrepo a la pena principal de treinta y siete meses, diez días de prisión, como autor responsable del delito de hurto, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional. Recurrida esta sentencia por el defensor, fue confirmada por el Tribunal mediante el fallo que ahora es objeto de examen en sede de casación.

Tanto para el recurrente, como para la Procuraduría Delegada, la decisión del Tribunal al declarar la nulidad de la sentencia impugnada, únicamente por no compartir el grado de responsabilidad deducido al recurrente en el fallo de primera instancia, es a todas luces arbitraria, violatoria de las normas que regulan el debido proceso; constituye una extralimitación de las facultades que la ley otorga al juez de segunda instancia, pues

no existía causal alguna de nulidad aplicable al caso en estudio, entraña un prejuzgamiento, lesiona el derecho de defensa y de manera indirecta pero evidente se buscó eludir la prohibición de la *reformatio in pejus* consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Las nulidades, precisa la Procuraduría, se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 304 del C. de P. P. estando expresamente prohibido por el artículo 308 del mismo estatuto declarar la nulidad de un proceso por causas distintas de las señaladas en la ley. La simple disparidad de criterios entre los dos funcionarios en la evaluación de la prueba no puede constituir en ningún caso causal de anulación de un juicio penal.

Entiende además la Delegada que los principios de la doble instancia y el de la prohibición de la reforma peyorativa tienen un contenido garantista para el procesado, que fijan los límites de las facultades del sentenciador de segunda instancia cuando el condenado sea recurrente único, claros principios de la legalidad del juicio y del debido proceso, que se desconocieron abiertamente en el caso de estudio. De ahí que una sus argumentaciones a las del casacionista para demandar la nulidad de la sentencia impugnada.

Estudiados con detenimiento los razonamientos del recurrente y del señor Procurador Tercero Delegado, así como los argumentos del Tribunal Superior de Medellín en su auto del 20 de mayo de 1992, mediante el cual se decretó la nulidad de la sentencia recurrida en primera instancia, entiende la Sala que se halla en presencia de una evidente irregularidad procesal que lesiona en forma grave y ostensible la legalidad del juicio, el debido proceso e indirectamente se burló la favorabilidad normativa que entraña la prohibición de la *reformatio in pejus*, con quebranto de las disposiciones constitucionales y legales proferidas en guarda de una recta y equitativa administración de justicia. Esta notoria irregularidad, por cuanto afecta las garantías del procesado y desconoce sus derechos fundamentales a un debido proceso, constituye causal de nulidad que lleva a invalidar buena parte de la actuación.

Sabido es que las nulidades son sanciones que sufren las actuaciones procesales que han omitido los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento y que han sido establecidos para salvaguardar los derechos de los sujetos procesales.

Pero estas nulidades creadas para tutelar los derechos de las personas que intervienen en el proceso y los intereses de la sociedad, si bien pueden ser decretadas oficiosamente por el Juez, a esta decisión no se puede llegar de manera arbitraria o totalmente libre, ya que las nulidades son taxativas, se hallan expresamente señaladas en la ley y el juzgador no puede deducirlas por analogía. Así, el artículo 304 del C. de P. P. establece como causales de nulidad la falta de competencia del funcionario judicial, el quebrantamiento del debido proceso y la violación del derecho de defensa. Y el artículo 308-6 perentoriamente señala que "...No podrá declararse ninguna nulidad distinta de las señaladas en el artículo 304 del C. de este Código...".

En estas condiciones, la simple disparidad de criterio que pueda existir entre los jueces de primera y segunda instancias sobre el valor de convicción de la prueba aportada al proceso, o en relación con el juicio que se hayan formado sobre el grado de participación del procesado en el hecho punible, como sucede en el caso en estudio, son factores ajenos

al campo de las nulidades, ya que sólo pueden constituir errores *in judicando*, subsanables mediante el empleo y desarrollo adecuado de los recursos, ámbito en el cual el *ad quem* goza de amplias facultades que le permiten corregir las equivocaciones en que incurra el juzgador, siempre que los sujetos procesales con la interposición del recurso le hayan otorgado la debida competencia. Pero si el Superior carece de facultades para modificar la decisión recurrida, no podrá decretar la nulidad de lo actuado, salvo que la sentencia carezca de fundamentación, sea anfibológica, confusa, contradictoria, etc., en forma tal que no pueda conocerse su verdadero sentido. Pero decretar la nulidad de la providencia tan sólo para amoldar a su propio criterio, a su personal punto de vista para ver las cosas, es actitud que desborda las facultades del juez de segunda instancia y constituye un exceso en la función juzgadora que necesariamente afecta el debido proceso.

Y esa extralimitación en las funciones se observa en el caso de estudio, pues el juez de primera instancia en la sentencia recurrida, después de un análisis del caudal probatorio, dedujo para el procesado como grado de participación en el ilícito el de cómplice, en forma clara, nítida y precisa, sin ambigüedades, vacíos o contradicciones; y el Juez de la segunda instancia, desbordando sus facultades, decretó la nulidad de la sentencia con el insular argumento de que no compartía la apreciación probatoria realizada por el Juez *a quo*, ya que el caudal probatorio demostraba la coautoría en el actuar del acusado y no la simple complicidad, como lo había entendido equivocadamente el inferior, lo cual en sentir del Tribunal constituía un quebrantamiento al debido proceso.

Es verdad que el artículo 217 del C. de P. P. reviste al Superior de amplias facultades para decidir sobre la sentencia impugnada, pero con la expresa prohibición de no hacer más gravosa la situación del sentenciado cuando éste sea apelante único. Del mismo modo, prohíbe la ley al juzgador deducir causales de nulidad inexistentes con evidente perjuicio para los intereses del recurrente.

Y en el caso de estudio, aún aceptando que jurídicamente la más acertada ubicación del procesado dentro del campo de la participación criminosa, era la de una coautoría impropia, es lo cierto que el juicio equivocado del juez *a quo* sólo era susceptible de corrección por el Superior, en virtud de un recurso de apelación, por no tener el grado jurisdiccional de consulta, interpuesto por la parte civil, el señor Fiscal o el Procurador Delegado ante el Juzgado, sujetos procesales que inexplicablemente guardaron silencio, limitando en consecuencia las facultades del Juez de la segunda instancia, quien sólo podía pronunciarse sobre lo desfavorable al sentenciado en su calidad de único recurrente.

Imperioso es advertir, sin embargo, que si el motivo de nulidad es real, y lesiona en forma grave el debido proceso o las garantías fundamentales del procesado, el juez no sólo puede, sino que está en el deber de decretar aun oficiosamente la nulidad de la actuación para reparar el agravio, aun cuando esta medida pueda llevar en un futuro a hacer más gravosa la situación del acusado, cosa que no ocurre en el caso de estudio, donde la nulidad decretada en el auto del 20 de mayo de 1992 carece de todo fundamento y es a todas luces inexistente.

En estas condiciones, al invalidar el Tribunal la sentencia, con fundamento en una causal de nulidad inexistente, desbordó las facultades que la ley le otorga, lesionó el

principio de la doble instancia y con ello el debido proceso, sin otro propósito que el procurar por este medio dejar sin efecto el principio de la *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Es innegable que esta Corporación en decisión mayoritaria del veintiocho de abril del año en curso decretó oficiosamente la nulidad de una sentencia recurrida en casación, pero por razones totalmente diferentes del caso que ahora es objeto de análisis y juzgamiento. En aquella ocasión consideró la Sala que la concepción defectuosa del fallo, plagado de "... contrasentidos, incoherencias, interpretaciones múltiples, planteamientos equívocos y consecuencias ambiguas que acaban por sembrar desconciertos..." se traducía en falta de motivación de la sentencia, lo cual conllevaba a la violación del debido proceso. Pero los vacíos, yerros y ambigüedades que se observaron en la anterior sentencia no pueden predicarse de la decisión que es ahora objeto de estudio por esta Corporación.

Se concluye, en consecuencia, que en el caso *sub judice* se quebrantaron de manera evidente normas protectoras del debido proceso y garantías del enjuiciado, razón por la cual la impugnación debe prosperar, casándose en consecuencia la sentencia, como lo reclama de igual modo el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

La prosperidad de este motivo de nulidad hace innecesario el estudio por la Sala de las demás causales de casación presentadas de manera subsidiaria por el casacionista.

No puede aceptar la Sala la petición de la Procuraduría en el sentido de que la nulidad sólo cobije el fallo impugnado y profiera la Corte sentencia de sustitución, entre otras razones, porque el vicio generador de nulidad se origina en una actuación anterior a la sentencia, como lo es el auto del 20 de mayo, que de obrar la Corte conforme al parecer de la Delegada, permanecería vigente, lo cual constituye un verdadero contrasentido. De ahí que la Sala decrete la nulidad a partir de la aludida providencia inclusive, para que la segunda instancia pueda surtirse en forma legal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, obrando de acuerdo en su mayor parte con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Casar la sentencia recurrida de fecha quince de julio de 1992 y como consecuencia decreta la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 20 de mayo de 1992 inclusive, para que se subsanen las irregularidades anotadas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS / COMPLICE / AUTOR
(Salvamento de Voto)

No puedo estar en desacuerdo con la exigencia, por parte de la Sala, de respeto a la prohibición del artículo 31 de la C. Nacional, ni apartarme del criterio de advertir, en el Tribunal, cuando decretó la nulidad de la sentencia de primera instancia por haber considerado al procesado como cómplice y no como autor en un atentado contra el patrimonio económico ajeno, un razonamiento pretextado para sustraerse a la calificación generosa y hasta equivocada que había hecho el juzgador de primer grado para evitar así la restricción que imponía el citado artículo de la Carta. Pero estas coincidencias conceptuales no pueden conducirme a apoyar la final decisión de la Corte. Creo, a este respecto, que era dable proferir el fallo de sustitución que bien podía orientarse a sancionar a Oscar de Jesús Gaviria Restrepo como cómplice y en la cuantía penológica determinada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín o absolverlo. Para evitar esta alternativa (entrevista por el Ministerio Público aunque sin desarrollar su tesis cuando solicitó: "...casar la sentencia recurrida, declara la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de fecha mayo 20 de 1992 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de la ciudad de Medellín, inclusive, *y dictar la sentencia de segunda instancia de acuerdo con lo Previsto en el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal*" -resalta la Corte-), se ha magnificado el respeto debido a la doble instancia y al derecho de defensa, condensado este último en la posibilidad de conocer y responder a los cargos formulados.

Para el suscrito, este doble aspecto echado de menos está más que cumplido y pocos casos pueden exhibir una satisfacción tan integral e impresionante como el que se examina. Bien podría anotarse que, sobre el particular, el procedimiento ha llegado hasta la náusea y todavía se pretende ir más allá con repetición de trámites inútiles, superfluos y reiterativos.

Sobre estos últimos temas, muy brevemente destaco:

1. Se podrá dudar, por alguien, llámese funcionario o parte, las características de la conducta imputada a Oscar de J. Gaviria. A éste en auto de diciembre 2/91 -fl 43-, emitido por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal, en el cual se le dictó medida de aseguramiento -detención preventiva- y se señaló fecha de audiencia (procedimiento propio a la

flagrancia), se determinó un delito de hurto calificado y agravado, pronunciamiento que permitía considerarlo como autor.

2. Con esta base acusadora, la defensa, en la audiencia pública de marzo 3/92, pretendió refutar totalmente la prueba de cargo y la incriminación formulada y de ahí que deprecara la absolución de su representado.

3. El Juzgado 1º Penal de Circuito estableció la limitante de la complicidad, en la sentencia de marzo 11/92 fls.111 y ss -.

4. En un amplio alegato -fl. 125-, con el cual se sustentó la apelación introducida por el defensor, se volvió a criticar la prueba y el cargo, no aceptándose ni siquiera la modalidad de la complicidad e insistiéndose en la absolución.

En este proceso, culmine como culmine, nadie, si se decide a condenar, puede sobrepasar la frontera de la complicidad fijada como valoración de la conducta del procesado, ni el *quantum* de pena señalado en ese fallo.

5. El Tribunal, en decisión acertada en el fondo pero de abierta confección antiprocesal (quebranto del art. 31 de la C. N. y de los artículos 17 y 227 del C. de P. P), declara -mayo 20/92, fl.137- la nulidad de la sentencia de primer grado; esta instancia acata la orden y condena bajo la óptica de la autoría -mayo 29/92, fl. 144-.

6. La Defensa, entonces, agota el arsenal de sus argumentos para atacar todo posible compromiso penal (autoría, complicidad, etc.) y afirma que su acudido está exento de cualquier responsabilidad -fl.156-. El Tribunal, como bien se sabe, desatiende esta petición -julio 15/92, fl.170-.

Con estas demostraciones, ¿podrá sensatamente decirse que se ha desconocido la doble instancia?; ¿o que el procesado y su defensor ignoran el cargo y no han tenido ocasión de formular una eficiente y hasta minuciosa alegación?; ¿o que eventualmente se superará el ámbito de la complicidad para efectos sancionatorios?; ¿o que no se da un absoluto equilibrio en la posición de todos los intervinientes en este proceso? Sentenciando en sustitución la Sala, ¿no empezará por restituir el imperio del art. 31 de la C. Política?; ¿podrá acaso dejar de lado todo el caudal probatorio y todas las alegaciones producidas?; ¿no estará en condición, si quiere llegar a ese extremo, de absolver?

En estas circunstancias entendí como procedimiento perfectamente viable, propio a una administración de justicia que busque las sustancias y no las envolturas; dándose protección plausible de las garantías y derechos de las partes, y tratándose del máximo Tribunal de Justicia llamado a resolver este caso, el que éste definiera de una vez este proceso y terminara con ese ir y venir de actuaciones, que ya cumplieron su máximo espacio de vida. La mayoría entendió cuestión distinta y de ahí este comedido disentimiento, que pretendió evitar otra vuelta a la noria.

Gustavo Gómez Velásquez.

SENTENCIA / DEMANDA DE CASACION

Es paradójico, porque la verdad es sólo una, que el sentido de la sentencia de segundo grado (absolutoria o condenatoria) suministre por sí un factor de permanencia e invulnerabilidad. Pero ésta es la realidad, dada la forma como se instituye la casación, que impide variaciones amplias, admisibles sí en las instancias. Y no es que con esto se quiera significar que se esté sacrificando el fondo por la forma, sino que cumplidos determinados requisitos, por parte del fallador, sin que pueda censurarse su postura desde el punto de vista lógico y racional como ha analizado la prueba, éstas, sus reflexiones, perduran así no se presente el fallo como el más aconsejable y ortodoxo. Y la situación se acentúa, en el sentido comentado, cuando la demanda no enfoca el problema por la vía adecuada, o descuida la introducción de una réplica exitosa que logre colocar en evidencia un mayúsculo y hasta incuestionable desacierto visible en la sentencia atacada.

Corte Suprema de justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8203. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 105 Nov. 11/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de noviembre de 1993.

Vistos

Se conoce, por recurso de casación, de la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (septiembre 21/92), con la cual se amparó a Marco Antonio Díaz Angel, a quien se imputa la comisión de un delito de homicidio culposo.

La impugnación, introducida por el representante de la parte civil, se admitió en auto de treinta de octubre del citado año y la demanda en proveído de ocho de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Hechos

Ocurrieron el 25 de diciembre de 1987, a eso de las once de la mañana en la avenida 13 con calle 77, a la altura de la calle 76, hora y sitio en los cuales la señora Numa Cecilia

Medina trató de cruzar la vía, sin tomar debida atención, siendo atropellada por la buseta de servicio público conducido por Díaz Angel.

Actuación Procedimental

De ello anota la Delegada Primera en lo Penal:

"Originada la investigación penal, en el fallecimiento de Numa Cecilia Medina Salamanca, luego de ser arrollada por la buseta conducida por Díaz Angel, al incriminado se le oyó en indagatoria y se le resolvió su situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación provisional.

"Luego se practicaron las pruebas tendientes a esclarecer los hechos: testimonios tanto de los agentes de tránsito que conocieron primeramente de los sucesos como de algunas personas que vieron los hechos y el croquis e informe del accidente que elaboró y suscribió la funcionaria del DATT identificada con la placa 0022 Código 11, de nombre María Helena Arias Herrera.

"Realizada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Treinta Superior profiere sentencia condenando a Marco Antonio Díaz Angel por el punible de homicidio culposo, sancionándolo con 24 meses de prisión como pena principal, multa de $1.000.00, suspensión en el ejercicio de su profesión, arte u oficio por un término de 12 meses, indemnización de perjuicios materiales en cuantía de $19'691.935,20 y el equivalente en moneda nacional de 100 gramos oro, interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional. Apelada esta decisión por el apoderado del procesado, el Tribunal Superior al desatar el recurso interpuesto revocó íntegramente la sentencia apelada y en su lugar absolvió al procesado.

"La decisión del Tribunal Superior fue impugnada mediante el recurso extraordinario de casación".

Conviene agregar que la Procuradora Décima en lo Judicial presentó una alegación en que manifiesta su total disentimiento con la sentencia de absolución del Tribunal. La misma que se resiente de inexactitudes y juicios equivocados, pues lo que el proceso demuestra es la responsabilidad de Díaz Angel, por conducir a excesiva velocidad.

La Demanda

Se invoca un error de hecho consistente en la "apreciación errónea de una prueba. El sentenciador tergiversó o distorsionó el sentido de una prueba legal y oportunamente aportada a este proceso penal: El croquis e informe que sobre el accidente materia de esta investigación penal efectuó y suscribió la funcionaria del DATT identificada con la Placa 0022 Código 11, de nombre María Helena Arias Herrera, quien ratificó su informe y rindió declaración juramentada visible a folio 221 del cuaderno principal".

La cuestión se centra en el croquis de fls. 8 y 8A, particularmente sobre la huella de frenada que allí se señala (unos dieciocho metros), diligencia que no le merece crédito al Tribunal. El demandante, por el contrario, tilda de irresponsable al juzgador de la segunda instancia, cuando éste trata de imponer como verdad el que los funcionarios del

DATT no llegaran a medir "la longitud de la frenada dejada por la buseta y menos que el mismo se hubiese realizado en lugar diferente a aquel en que aconteció el hecho, y sin tener de presente la buseta"

Y al efecto destaca que Nancy Yolanda Rodríguez afirma haber tomado las medidas del caso, que las consignó en un pequeño papel, suministrando luego a quien elaboró, en definitiva, el comentado plano. Y la autora de éste, María Helena Arias H., atestigua que "el croquis se hizo también basado en la copia de ella (de la Rodríguez)... respecto a la frenada es difícil que varíe porque son puntos principales que se tienen muy en cuenta".

Esta situación de compromiso no se desvirtúa porque declarantes como Horacio Daza Medina y Simón Hernando Jiménez Pedraza aludan a seis y diez metros como huella de frenada, respectivamente, pues ésta es una apreciación de cálculo que no se verificó con la exactitud matemática de la funcionaria del DATT, lo cual confirma también el propio indagatoriado -fl.31-.

Consideraciones de la Sala y del Ministerio Público

Este es uno de los casos en que, conforme se haya dictado la sentencia del Tribunal, así se mantendrá en casación, exteriorizándose así la supremacía de la técnica jurídica sobre el sentimiento que puede suscitar el recurso extraordinario. Es paradójico, porque la verdad es sólo una, que el sentido de la sentencia de segundo grado (absolutoria o condenatoria) suministre por sí un factor de permanencia e invulnerabilidad. Pero ésta es la realidad, dada la forma como se instituye la casación, que impide variaciones amplias, admisibles sí en las instancias. Y no es que con esto se quiera significar que se esté sacrificando el fondo por la forma, sino que cumplidos determinados requisitos, por parte del fallador, sin que pueda censurarse su postura desde el punto de vista lógico y racional como ha analizado la prueba, éstas sus reflexiones perduran así no se presente el fallo como el más aconsejable y ortodoxo. Y la situación se acentúa, en el sentido comentado, cuando la demanda no enfoca el problema por la vía adecuada, o descuida la introducción de una réplica exitosa que logre colocar en evidencia un mayúsculo y hasta incuestionable desacierto visible en la sentencia atacada.

En el caso bajo examen, tal como lo afirma la Delegada, no es dable advertir una tergiversación o distorsión de la prueba considerada como definitiva en la valoración de la conducta de Díaz Angel, o sea el croquis levantado por el DATT. La censura no puede evidenciar un fenómeno de esta índole, pues lo detectable es un propósito de valoración dentro del espacio jurídico que esta pieza procesal autorizaba y exigía. Y la cuestión, entonces, es bien diversa, tanto que de darse lo segundo malogra la acusación y debe mantenerse el fallo.

Cada una de las falencias que el Tribunal advirtió en esta fundamental probanza aparece con relativo respaldo procesal y no como una desfiguración, consciente o no, de la misma. Podrá no estarse de acuerdo con esa evaluación y hasta llegarse a su repudio por tenerse idea contraria, pero eso no cambia la naturaleza de la situación, pues ésta se caracteriza como una operación mental de justiprecio sobre bases reales y atendibles, al menos dentro del área de libertad en que lícitamente puede moverse el fallador. Esto es, que no se trata de alterar, bastardear, deformar, corromper, desfigurar o falsear la

probanza, para poder llegar a la conclusión que se quiere o desea imponer. No. Analizadas las razones expuestas en este estudio, se llega a su relativa aceptabilidad, la suficiente para hacer inmune el fallo.

Véase lo que el Tribunal adujo en desprestigio de este elemento de convicción, hasta concluir en su abandono como punto probatorio que debía definir la imprudencia de la conducción del automotor que realizó el procesado. A este efecto anotó: que según testimonio de María Helena Arias, el croquis fue "realizado en el lugar de los hechos por versión del conductor", de una parte, y, de otra, en un informe que le suministró la también agente de tránsito Nancy Yolanda Rodríguez López, quien primero conoció del caso y "en un papel pequeño" le suministró tal borrador de informe que no fue conservado. Luego, el croquis que se aprecia a folio 8 del proceso y es el soporte fáctico del exceso de velocidad reprochado, no constituye elemento de juicio directo y serio que de acuerdo con el principio de inmediación y originalidad de la prueba hubiera recogido fidedignamente lo que el documento está mostrando, y particularmente la frenada de 18 metros. En relación con este mismo tópico, la mencionada Nancy Yolanda Rodríguez en la declaración que se le recibió a folio 208 tampoco ratifica los pormenores de las circunstancias de cómo quedó la buseta, su frenada y demás detalles que registra el croquis. Inexplicablemente la jueza instructora ni la interrogó sobre el particular, ni le puso de presente el informe para que expresara si correspondía a los pormenores que llegó a suministrarle a su colega para que los consignara en el documento. La Sala no deja de anotar que si la autora del croquis estuvo en el lugar, no tenía por qué recibir reseña pertinente de otra persona, y, si se lo suministró ésta en un pequeño papel fue porque estuvo ausente de ese escenario.

De otro lado, que tal huella de dieciocho metros de frenada es correlativa a una velocidad de ciento cincuenta kilómetros por hora -fl.303-, "lo que no lo permite el lugar, argumento que es razonable, máxime si dice (el procesado) que hizo una parada en la cuadra anterior". Como también que los propios familiares de la occisa varían la extensión de ese rastro de seis a diez metros, determinación muy alejada de los dieciocho que señala el croquis; y, según estos mismos declarantes (Daza y Jiménez), "la frenada de aproximadamente 10 metros -fl.13b- correspondía a la rueda o ruedas de un solo costado, infiriendo de suyo que los órganos de control eran deficientes, mientras el croquis muestra la frenada de los 18 metros en las ruedas de ambos costados. Repárese también que el procesado sostiene que la víctima se desplazaba en dirección occidente a oriente y el croquis la ubica en el sentido contrario". La Sala también agrega la importancia de haber correlacionado esta supuesta altísima velocidad con las consecuencias descritas en la necropsia y la forma y lugar en que quedara la occisa.

Por último la providencia expresa: "Sintetizando el informe y croquis del DATT, no es confiable por elaborarlo quien no vio el estado en que quedaron la buseta, la víctima y demás circunstancias que tratan de mostrarse en el informe; y, por otra parte, la huella de frenada por las ruedas de ambos costados y en la extensión de 18 metros es infirmada por prueba testifical. Consecuencialmente, le asiste razón suficiente al defensor apelante, pues el soporte probatorio del exceso de velocidad deducido y atribuido como forma de culpabilidad culposa del procesado tanto en el pliego de cargos como en el fallo apelado es equívoco y plagado de inexactitudes, por lo que es altamente aventurado considerarlo para definir tal juicio de responsabilidad.

"La restante prueba existente en el plenario tampoco aporta el grado de certeza que permita sin objeción alguna concluir la responsabilidad del acusado: el testimonio del subolicial de la policía Avelino Antury Ordóñez -fl. 41- refiere que averiguando lo acontecido, se le informó que el accidente se debió al exceso de velocidad en que iba la buseta y también a la imprudencia de la víctima, según le refirieron los agentes que conocieron primero del caso, de los cuales, tan sólo declaró el agente José Israel Bonilla -fl.177-, sin que informe nada sobre el particular. Declaró igualmente Guillermo Ruano como presunto presencial del accidente -fl. 87- y trata de arrojar imprudencia a la víctima como causa del accidente por cruzar la vía distraída y con la mirada hacia el piso, pero este testimonio tampoco llega a la persuasión de la Sala, pues se muestra acucioso en querer declarar y haber suministrado su nombre y dirección al procesado quien lo cita, cuando era a las autoridades del tránsito que se hicieron presentes a las que ha debido suministrar esos datos.

"Resumiendo. El material probatorio tenido en cuenta para la acusación de que fue objeto el procesado resulta rigurosamente cuestionado en el análisis antecedente. El juicio de reproche tuvo por soporte un presunto exceso de velocidad expresado en la huella de los 18 metros de frenada, pero este hecho indicador ha sido seriamente cuestionado en su elemento de prueba, como se anotó en la evaluación. Es factible que el accidente pudiera ocasionarse por actitud atribuible al acusado, pero nada distinto de lo reseñado se plantea en el análisis de los cargos, inclusive del supuesto sobrecupo por llevar cuatro o cinco pasajeros de pie y respecto de lo cual nadie dice que fuera la causa del accidente. De contera, no existe en el proceso la prueba que trasunte hechos ciertos e inequívocos que permitan fundar el grado de certeza que el legislador demanda en torno a la responsabilidad penal y en estas condiciones el fallo de condena apelado se torna injusto. Esta realidad procesal impone su revocatoria y en su lugar la absolución del procesado".

Este arsenal de confrontaciones, con asidero en la realidad de las probanzas traídas a colación, daba lugar, y no de modo inopinado, a establecer una valoración idónea para una sentencia absolutoria, más cuando en definitiva el fallador evidencia una duda ineliminable en favor del procesado. Muy pobre, por no decir inexistente, fue la respuesta de la demanda, pues dejó por fuera una sólida, detallada y completa refutación de cada uno de estos puntos. Se aisló en tratar de imponer la veracidad del croquis, por ser tal, cuando precisamente el Tribunal apuntó razones para desconfiar de su mérito y caracterizarlo como equivocado.

En circunstancias tales, es menos que imposible atribuir eficacia al contenido y alcance de la demanda.

Por último, conviene transcribir, en este mismo orden de ideas, el siguiente aparte del concepto de la Delegada:

"En efecto, si miramos las argumentaciones expuestas por el Tribunal en la sentencia apelada, respecto al croquis encontramos que señala que '...el informe lo elaboró la empleada del DATT María Helena Arias Herrera sin tener a la vista la buseta y en las circunstancias que muestra el croquis...', tal afirmación no es mentirosa, como lo afirma el demandante, ya que de las pruebas recaudadas, efectivamente se comprobó que quien realizó el croquis y tomó las medidas y escuchó primeramente la versión del

conductor no fue la empleada del DATT Arias Herrera, sino la funcionaria Nancy Yolanda Rodríguez López, quien lo elaboró en un papel de borrador y posteriormente al no ser de su competencia lo pasó a Arias Herrera, quien en últimas fue quien hizo y presentó el croquis sobre los datos recaudados por Nancy Yolanda.

"En realidad, basta una ligera observación de los argumentos del Juez de Segundo Grado para llegar a la conclusión de que no se dio la tergiversación o distorsión de la prueba: '...exceso de velocidad expresado en la huella de 18 metros de frenada...' la forma como quedó la buseta y la huella de frenada que reporta el informe del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte parecieran no dejar duda al respecto" -fl. 41 c. o.-, de donde se ha de convenir, claramente, que el sentenciador de la segunda instancia examinó en su sentido real el croquis del DATT, y apreció con exactitud su contenido objetivo, como que repite que la huella de 18 metros que aparece en dicho documento es la base de la inferencia de alta velocidad del automotor. En los eventos de distorsión o tergiversación de la prueba el error consiste en que la percepción objetiva del medio probatorio; es decir, la simple observación judicial del mismo sin contenidos de valor, no corresponde a la expresión objetiva de la prueba. Independientemente de su valoración, que se integra por muchos factores convergentes y divergentes, en el juicio racional de su contenido como portador de pruebas para formar la convicción judicial. Aquí el sentenciador de segunda instancia vio con corrección la prueba en su expresión material: como un croquis de autoridad de tránsito en donde aparecía una medida de huella de frenado de 18 metros de longitud. Sólo que la valoró negativamente por diversas razones que se exponen por el sentenciador así: "...Pero ocurre que el informe lo elaboró la empleada... sin tener a la vista la buseta. (pues) ella se hizo presente después de que lo hicieran otros colegas suyos .." *y el croquis fue realizado en el lugar de los hechos por versión del conductor...*" (en verdad parece que fue con el propietario de la buseta), y se refiere al hecho de que los datos del informe fueron escritos por otro agente en un papel en borrador, los cuales se supone fueron pasados al croquis que se llevó al proceso (en un acto documental de segunda mano), lo que lleva a esta apreciación de la prueba: "no constituye elemento de juicio directo y serio que de acuerdo con el principio de inmediación y originalidad de la prueba hubiera recogido fidedignamente lo que el documento está mostrando y particularmente la frenada de 18 metros" (fl. 41 c. o.). Después acude al cotejo con otras pruebas, frente al croquis, como la declaración del conductor mismo, y las de dos parientes de la víctima que hablan de seis y diez metros de frenada, para concluir "el informe y el croquis del DATT no son confiables...". De lo transcrito se comprenderá que no se ha tomado la prueba de manera equivocada, sino que se la ha desvalorado; es decir, admitiendo que señala una huella de 18 metros de frenado, se considera que "no es confiable".

"De manera que lo que el demandante considera una tergiversación de la prueba es simplemente una valoración de la prueba (desvaloración de ella), que en el sistema colombiano queda deferido completamente al juicio crítico del evaluador del acervo probatorio, en virtud del sistema libre de prueba tomada de acuerdo con la sana crítica de la prueba (art. 254 C. de P. P.).

"Advierte la Delegada que dentro de la investigación, efectivamente, no se recaudaron otras pruebas para determinar con certeza la responsabilidad del conductor, estando latentes dudas que no fueron absueltas, y por lo tanto la sentencia se asienta

en razones legítimas por carecer la decisión de prueba suficiente para conformar la certeza judicial, una vez desechada la prueba del croquis en virtud de la valoración probatoria efectuada por el Juez de segundo grado".

La objeción no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONTRAVENCION / NULIDAD / UNIDAD PROCESAL / COMPETENCIA

Acierta el censor al afirmar que se incurrió por el funcionario en nulidad por incompetencia, al haberse juzgado como delito una conducta en ese momento considerada como contravencional. / Lo anterior, por cuanto que, a pesar de tratarse de conductas conexas, no podía el funcionario judicial asumir esa competencia, porque el conocimiento de las lesiones causadas era atribución de los funcionarios de policía y por tanto se han debido compulsar las copias respectivas para que esa infracción hubiera sido investigada y fallada por las citadas autoridades del Ejecutivo. / La equivocación del *ad quem*, en realidad, no implica un profundo trastorno de la estructura del proceso, pues a la postre se traduce en el rompimiento de la unidad procesal, y tampoco genera impunidad, pues en el trámite que se inicie a partir de las copias que el Tribunal ordenó compulsar, la autoridad correspondiente definirá la responsabilidad penal que corresponde al sindicado por las lesiones personales que con desfiguración permanente ocasionó a la víctima, cuya pena, si por ellas resulta condenado, podrá acumular el Juez de ejecución de penas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8274. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 204 de Nov. 10/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de noviembre de 1993.

Vistos

Por sentencia del 26 de agosto de 1992 el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Neiva condenó a Jairo Cortés como responsable de los delitos de homicidio y lesiones culposos a la pena principal de treinta y seis meses de prisión.

En pronunciamiento del 30 de octubre de 1992, y en su condición de juez de segunda instancia, el Tribunal Superior de Neiva anuló la actuación relacionada con el delito de lesiones personales y confirmó la atinente al hecho punible de homicidio, sin modificar la pena principal.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró admisible la demanda presentada como sustentación de aquél.

En concepto rendido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el Ministerio Público sugiere a la Sala que oficiosamente case la sentencia del Tribunal en cuanto a la determinación que adoptó con respecto al delito de lesiones personales.

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

Hechos

El 24 de septiembre de 1986 más o menos a las siete de la mañana, en el municipio de Aipe y en el puente sobre el río del mismo nombre, chocaron un automóvil de placas SA 0053, marca Rambler, de servicio público, conducido por Arnulfo Forero, y un camión de placas JK 6285, marca Dodge, manejado por Jairo Cortés, dejando como saldo tres muertos, el conductor y dos de los pasajeros que viajaban en el taxi, y dos lesionados, Jairo Muller Charry Losada y Jesús Elías Meneses Perdomo.

Actuación Procesal

Dos días después de acaecidos los hechos, el Juzgado Promiscuo Municipal de Aipe inició el respectivo proceso penal.

El 2 de octubre de ese año fue indagado Jairo Cortés y contra él se dictó auto de detención el 15 del mismo mes.

En 1988, con fecha del 14 de octubre, el Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Neiva dictó resolución de acusación contra el sindicado por los delitos de homicidio y lesiones personales en concurso.

El 27 de abril de 1992 se realizó la diligencia de audiencia pública y en el mismo año se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias; una el 26 de agosto y la otra el 30 de octubre.

Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal tercera el recurrente solicitó se declarara la nulidad por violación del debido proceso y de manera concreta por las nulidades previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 304 del C. de P. P.

En la demostración del cargo el libelista afirmó que las lesiones personales sufridas por Jairo Muller Charry Losada habían ocasionado una incapacidad inferior a los 30 días sin secuelas, y que si se tiene en cuenta que lesiones de esa índole habían sido convertidas en contravención por previsión del artículo 1º numeral 10 de la Ley 23 del 21 de marzo de 1991, aquéllas no podían ser objeto de juzgamiento por un juez. En tales condiciones, considera, se violó el principio del debido proceso por haberse actuado sin competencia.

Aduce el impugnante que pese a que el Tribunal reconoció la existencia de la nulidad, al declararla no rebajó ni un solo día a la pena impuesta en primera instancia sobre la base del concurso de delitos por los que el procesado había sido llamado a juicio.

El demandante finaliza su argumentación solicitando se case la sentencia y se anule todo lo actuado desde el auto que cerró la investigación.

El Criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El Ministerio Público inicia su concepto sosteniendo que la demanda no puede prosperar, por no cumplir con las exigencias técnicas del recurso extraordinario y porque considera que el reproche se edifica ignorando la realidad del proceso.

El Delegado argumenta que el juez de primera instancia en el momento de dictar la sentencia a su cargo, al advertir la naturaleza contravencional de las lesiones personales sufridas por Jairo Muller Charry Losada, compulsó copias para que se investigara tal contravención y que en tales condiciones no es cierto que se le haya juzgado y condenado por una contravención.

El representante del Procurador rebate la veracidad del supuesto que plantea la demanda, conforme al cual el Tribunal confirmó en su integridad la sentencia de primera instancia, pese a haber considerado que las lesiones personales causadas a Jesús Elías Meneses Perdomo tampoco constituían delito, y haber declarado la nulidad del proceso en relación con ellas; decisión errónea en criterio del Delegado.

Prosiguiendo su argumentación el Ministerio Público, pone de presente que el monto de los perjuicios a los que fue condenado el procesado fue rebajado en segunda instancia, precisamente por haberse excluido el delito de lesiones personales, y que en esto se demuestra la equivocación del censor en cuanto afirma que la condenación por perjuicios fue confirmada integralmente por la segunda instancia.

Critica la pretensión del censor cuando pregona, sin demostración ni desarrollo, la no aplicación de la norma civil de la compensación de culpas por cuanto el fallecido conductor del taxi igualmente incurrió en comportamiento culposo, a fin de reducir el monto de los perjuicios, por cuanto en criterio del funcionario conceptuante la formulación de ese ataque ha debido proponerse con fundamento en la causal primera por la vía directa.

Por todo lo anterior, concluye que los cargos no deben prosperar.

No obstante lo anterior, sugiere que se case oficiosamente la sentencia de segunda instancia por haber decretado la nulidad del proceso, en cuanto consideró como conducta contravencional las lesiones personales ocasionadas a Meneses Perdomo, que por haber dejado como secuela la deformación en el rostro constituían un verdadero delito.

En ese orden de ideas impetra la aplicación al artículo 228 del Decreto 2700 de 1991 en cuanto confiere la oficiosidad a la Corte Suprema de Justicia, para "casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales", para que la pena impuesta al procesado corresponda a los supuestos delictivos por los cuales fue correctamente juzgado.

Consideraciones de la Sala

Como supuesto de la decisión por tomar conviene recordar que el accidente motivo de investigación en este proceso produjo tres muertes y dos lesionados; y que en la sentencia de primera instancia el funcionario del conocimiento dijo:

"Particular el caso de las lesiones personales culposas inferidas al señor Jairo Muller Charry Losada, con sólo diez días de incapacidad según dictamen al folio 330, porque éstas (artículo 332, inciso 1º, en consonancia con el 340 del estatuto penal), por razón de la Ley 23 de 1991, artículo 1º numeral 10, mataron de delito a contravenciones especiales de conocimiento de los inspectores penales de policía, o municipales, o en su defecto a los Alcaldes. O sea, podría colegirse el que carecemos de competencia en la materia para pronunciarnos de fondo, a no ser criterio por conexidad, el que aceptamos por considerar que en la comisión de los hechos existió unidad de designio culposo; es decir, con una conducta culposa se infringieron varias disposiciones penales aunque éstas se encuentren en estatutos diferentes. Dispone el artículo 88 inciso 2º del nuevo C. de P. P. que los hechos punibles conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente" (fls. 13 y 14 de la sentencia del Juzgado 8º Penal del Circuito).

La anterior transcripción priva de razón al Agente del Ministerio Público, porque de ella se deduce que el funcionario del conocimiento, en primera instancia, sí dictó sentencia condenatoria por todos los hechos ocasionados con el accidente, incluidas las lesiones personales de Jairo Muller Charry Losada, que en ese momento habían sido convertidas en contravenciones especiales de policía.

Tampoco es cierto que el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Neiva hubiera compulsado copias para remitirlas a los funcionarios de policía, pues en la parte resolutiva de la misma sentencia las únicas copias que se ordenan son las previstas en el artículo 501 del C. de P. P., donde se mencionan los funcionarios que desde diversas perspectivas deben ejecutar las previsiones de la condena.

En las condiciones precedentes acierta el censor al afirmar que se incurrió por el funcionario en nulidad por incompetencia, al haberse juzgado como delito una conducta en ese momento considerada como contravencional.

Lo anterior, por cuanto que, a pesar de tratarse de conductas conexas, no podía el funcionario judicial asumir esa competencia, porque el conocimiento de las lesiones causadas a Charry Losada era atribución de los funcionarios de policía, y por tanto se han debido compulsar las copias respectivas para que esa infracción hubiera sido investigada y fallada por las citadas autoridades del Ejecutivo.

Sobre este punto, la Sala, en reciente pronunciamiento, dijo:

"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 falladas por un juez de la república se incurrió en una clara incompetencia que genera nulidad, tal como lo solicita el impugnante, Procurador 6º 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" (M.P. Edgar Saavedra R., Juan Manuel Torres F., sentencia del 9 de septiembre de 1993).

Ahora bien, en la providencia de segunda instancia el Tribunal decretó la nulidad de la actuación con respecto a las lesiones personales de Charry Losada y a las padecidas por Meneses Perdomo; pero ocurre que estas últimas dejaron deformidad facial de carácter permanente, y , por lo tanto, no habían sido convertidas en contravención especial; entonces, la nulidad no se ha debido decretar en relación con ellas, sino únicamente en lo atinente con las que sufriera Charry Losada, que por haber producido una incapacidad únicamente de diez días sin secuelas, sí estructuraban contravención en ese momento.

Inexplicablemente, a pesar de haber decretado la nulidad en relación con los dos casos de lesiones personales, el *ad quem* dejó la pena principal sin modificación, en tanto que rebajó los perjuicios, que habían sido incrementados por la concurrencia de tales infracciones; pero es bien sabido que, en estricta lógica, la exclusión de los hechos constitutivos de lesiones personales, y por las cuales se ordenaron copias con destino a las autoridades de policía, ameritaba una disminución en la pena principal.

Es de destacar que en la segunda instancia se disminuyó la cuantía de los perjuicios, descontándose la cantidad que inicialmente se había señalado por el delito de lesiones personales, pero debe reprocharse que de ello sólo se dejó constancia en la parte motiva, sin destacarse, como ha debido ser en la parte resolutiva.

En las condiciones precedentes, al haberse abstenido de decidir sobre el delito de lesiones personales del cual fue víctima Meneses Perdomo, el juzgador de segunda instancia incurrió en una irregularidad, porque ese hecho punible fue materia de la investigación, el Tribunal tenía competencia para decidir sobre su comisión y autoría y, en consecuencia, le correspondía proferir fallo definitivo a ese respecto.

No procedió así dicho Juez, y por ello el Procurador Delegado solicita la declaratoria de nulidad oficiosa; no obstante y a pesar de la anomalía procesal advertida, no es posible para el Tribunal de Casación corregir el yerro, por cuanto condenar en este momento al procesado por un delito respecto del cual no hubo pronunciamiento de responsabilidad en la sentencia de segunda instancia implicaría agravar su situación y, por ende, la pena, en franca violación del precepto que para este recurso extraordinario impone el artículo 227 del C. de P. P. como reproducción de la previsión constitucional, el cual prohíbe agravar la pena impuesta, cuando se trate de sentencia condenatoria y la impugnación no provenga del Fiscal, del Ministerio Público o de la parte civil.

La equivocación del *ad quem*, en realidad, no implica un profundo trastorno de la estructura del proceso, pues a la postre se traduce en el rompimiento de la unidad procesal; y tampoco genera impunidad, pues en el trámite que se inicie a partir de las copias que el Tribunal ordenó compulsar, la autoridad correspondiente definirá la responsabilidad penal que corresponde a Jairo Cortés por las lesiones personales que con desfiguración permanente le ocasionó a Jesús Elías Meneses Perdomo, cuya pena, si por ellas resulta condenado, podrá acumular el juez de ejecución de penas.

Así las cosas, corresponde a la Sala ajustar la pena impuesta por el Tribunal, pues, tal como lo alegó el demandante, la sentencia impugnada excluyó los delitos de lesiones personales ocasionadas a Jesús Elías Meneses Perdomo y a Jairo Mullet Charry Losada; es decir, redujo la responsabilidad penal y no obstante no disminuyó la sanción privativa de la libertad ni la pecuniaria, pues en esta última, a pesar de haberse anunciado que se reduciría, se omitió tal declaración en la parte resolutiva, todo lo cual significa una violación de las garantías fundamentales del sentenciado.

En estas circunstancias, se advierte que el juez de primer grado tasó la pena para cinco delitos culposos, tres homicidios y dos de lesiones personales, partiendo del mínimo del más grave; es decir, de veinticuatro (24) meses de prisión; y aumentó once (12) meses más por el concurso de los otros cuatro. De allí que, ahora, excluyendo las dos últimas intracciones, la punibilidad para los tres homicidios culposos se reducirá a treinta y cuatro (34) meses; pues se parte del mismo mínimo de veinticuatro (24) meses por el primer homicidio y se incrementa en diez (10) meses más por el concurso de los homicidios restantes.

Al mismo término queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

De otra parte, habra de revocarse la pena de multa impuesta, por cuanto ella corresponde a los delitos de lesiones personales; cuya cancelación y devolución se ordena en caso de que ya haya sido depositada.

Igualmente se revocará la condena al pago de la indemnización de los perjuicios morales y materiales ocasionados a Jesús Elías Meneses Perdomo.

Se dejarán indemnes las restantes determinaciones de la sentencia de primera instancia.

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:

Casar parcialmente el fallo impugnado, para dosificar la pena que corresponde al procesado Jairo Cortés, por los delitos de homicidio culposo, por los cuales el Tribunal le dedujo responsabilidad penal.

Condenar al procesado Jairo Cortés a la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión, como responsable de los delitos de homicidio culposo de los cuales resultaran víctimas Arnulfo Forero Garavito, José Plutarco Pacheco Camargo y Hermilda María Silva de Pacheco.

Reducir la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al término señalado para la pena privativa de la libertad.

Revocar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia que condena a Jairo Cortés al pago de una multa a favor del Fondo Rotatorio de Ministerio de Justicia.

Cancélese y devuélvase el valor de la multa en caso de que ya haya sido pagada.

Revocar el inciso segundo del numeral quinto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado que condenó a Jairo Cortés a pagar la indemnización de perjuicios materiales a Jesús Elías Meneses Perdomo.

Revocar el inciso tercero del ordinal sexto de la parte resolutiva del fallo proferido por el Juez Octavo Penal del Circuito de Neiva, que condenó a Jairo Cortés a indemnizar los perjuicios morales ocasionados a Jesús Elías Meneses Perdomo.

Confirmar la sentencia de primera instancia en todo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA / SANA CRITICA / *IN DUBIO PRO REO* / PARTE CIVIL

La inactividad profesional objetivamente considerada no genera *per se* invalidez de la actuación por falta de defensa técnica. Cuando el juzgador, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas ha llegado a la convicción o certeza sobre la responsabilidad del acusado, resulta en extremo difícil aceptar el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*). La parte civil, por no ser recurrente, carece de legitimación para reclamar un reajuste en la liquidación de los perjuicios causados a la víctima del delito de falso testimonio, pues es bien sabido que su intervención se limita exclusivamente a presentar un alegato apreciatorio oponiéndose a las pretensiones del demandante o coadyuvándolas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8120.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 105 - Nov. 11 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 12 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia de 6 de agosto de 1992, confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama que condenó al procesado Luis Alfonso Núñez Merchán a dieciséis meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad en documento privado, falsa denuncia contra persona determinada y falso testimonio, en causas acumuladas adelantadas en su contra; decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos

1. *Falsedad en documento privado*

El 3 de noviembre de 1985 el señor Luis Alirio Granados Melo giró a favor de José Francisco Pérez Cuervo un cheque de su cuenta corriente de la Caja Agraria de Duitama por valor de $54.000,00, título impagado por la entidad girada. Años después, el sujeto

Luis Alfonso Núñez Merchán se ofreció a hacer efectivo el crédito por la vía judicial a cambio del cincuenta por ciento de lo que se recaudara, instaurando ante el Juzgado Primero Civil Municipal de dicha ciudad la correspondiente demanda ejecutiva.

Declarada probada dentro del juicio la excepción de "alteración en el texto" del documento con base en dictamen grafológico rendido por peritos del Instituto de Medicina Legal en el sentido de haberse cambiado el número tres (3) por un ocho (8) para hacer aparecer que el cheque había sido girado en 1988, el Juzgado del conocimiento dispuso la compulsa de copias a fin de que fuera investigada penalmente la falsedad cometida.

2. *Falsa denuncia contra persona determinada*

El 18 de abril de 1988, Luis Alfonso Núñez Merchán rindió indagatoria dentro del proceso por abuso de confianza adelantado en su contra por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama; oportunidad en la que bajo la gravedad del juramento prestado le atribuyó al señor Gabriel Tobito, su denunciante, el delito de falsedad en documento privado por haber consignado inexactitudes en documento firmado en blanco por él. Concretamente le imputó el haber hecho constar el recibo de unas letras de cambio en endoso para su cobro judicial, cuando tales títulos le fueron entregados por Tobito en pago de gestiones laborales.

3. *Falso testimonio*

El doctor Julio César Bohórquez Santamaría, Fiscal Primero de los Juzgados del Circuito de Duitama, denunció a los señores Orlando de Jesús Rincón Castro y Carlos Otto Pérez Oviedo por haber sido engañados o inducidos por el sujeto Luis Alfonso Núñez Merchán para que afirmaran falsamente, bajo la gravedad del juramento, en declaraciones rendidas el 5 de abril de 1989 ante la Procuraduría Regional de Santa Rosa de Viterbo, que el mencionado funcionario utilizaba su oficina para prácticas erótico-sexuales con mujeres.

Actuación Procesal

El Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Duitama, en providencia de 31 de julio de 1990, calificó el mérito del sumario seguido a los sindicados Luis Alfonso Núñez Merchán y José Francisco Pérez Cuervo profiriendo resolución de acusación contra el primero de ellos por el delito de falsedad en documento privado descrito en el artículo 221 del Código Penal y ordenó cesar todo procedimiento en favor del segundo de los nombrados.

Ejecutoriado el pliego de cargos se remitió el expediente, por competencia, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama.

El mismo Juzgado de Instrucción Criminal, en proceso separado, por auto de 28 de enero de 1991 profirió resolución de acusación contra Luis Alfonso Núñez Merchán por el delito de falsa denuncia contra persona determinada de que trata el artículo 267 del Código Penal; diligenciamiento enviado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, despacho que mediante providencia de 6 de marzo del citado año, decretó la acumulación de las causas 0040 (falsa denuncia) y 0041 (falsedad en documento privado) adelantados contra el mismo procesado Luis Alfonso Núñez Merchán.

Por su parte, el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Viterbo oyó en indagatoria a los sindicados Carlos Otto Pérez Oviedo y Orlando de Jesús Rincón Castro; diligencias en las que los indagados aceptaron haber declarado en contra del doctor Bohórquez Santamaría, explicando que lo hicieron por sugerencia o insinuación de Alfonso Núñez, quien les advirtió que nada malo les ocurriría porque el mencionado Fiscal ya había sido identificado por otros testigos; los acompañó hasta la Procuraduría Regional de Santa Rosa de Viterbo y les insinuó la forma como debían declarar.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de dicho Distrito dictó resolución de acusación contra Pérez Oviedo y Rincón Castro como autores materiales del delito de falso testimonio y contra Núñez Merchán como determinador del mismo hecho punible (9 de noviembre de 1990); pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

El 6 de noviembre de 1991, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama decretó la acumulación de este proceso a las causas números 0010 y 0041 seguidas contra el mismo procesado Luis Alfonso Núñez Merchán por falsa denuncia y falsedad en documento privado.

Adelantado el juicio por las causas acumuladas y celebrada audiencia pública, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia de 31 de marzo de 1992 en la que condenó a Orlando de Jesús Rincón Castro y Carlos Otto Pérez Oviedo a la pena principal de cuatro meses de prisión, cada uno, por el delito de falso testimonio y a Luis Alfonso Núñez Merchán a dieciséis meses de prisión por los delitos de falsedad en documento privado, falsa denuncia y falso testimonio; concediéndoles a los dos primeros el subrogado de la condena de ejecución condicional y negándoselo al último de ellos. Condenó igualmente a los procesados a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por el apoderado de la parte civil y el defensor del procesado Luis Alfonso Núñez Merchán y confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Tres cargos formula el demandante a la sentencia impugnada, uno por cada proceso acumulado, los que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

Primer cargo. Relacionado con el delito de falsedad en documento privado y que hace consistir en manifiesto error de hecho por falso juicio de identidad "en virtud de haberse dado a la situación fáctica que recoge la prueba, un alcance objetivo que no tiene con lo cual se conculcó la normatividad penal material".

En desarrollo de la censura expresa que resultando acreditada en autos la existencia material u objetiva del ilícito "consistente en la falsificación del título valor (cheque), hecho éste que incontrovertiblemente pudo ser cometido por cualquier persona de la especie humana; pero en manera alguna aparece acreditado con aquellas pruebas que militan en el plenario que Núñez Merchán sea el autor material de la ilicitud, menos aún que su conducta sea dolosa, porque si se aprecian las probanzas recaudadas, todas ellas están indicando que existió una adulteración y posterior uso del cheque número 2490768

de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sucursal de Duitama, perteneciente a la cuenta corriente número 2425 y de ello no existe duda al respecto".

Luego afirma:

"Lo que sí no está demostrado es que el documento usado haya sido falsificado por Núñez Merchán, o que éste tuviese conocimiento de dicha adulteración antes de haberlo usado y es aquí precisamente donde yerra el fallador, al asignarle a la prueba de objetividad material del punible un alcance que no tiene para deducirle responsabilidad penal al procesado Núñez Merchán, y dar con ello por sentado un supuesto fáctico que no se desprende de dicha prueba".

Como el girador del cheque, Luis Alirio Granados Melo, y su esposa, María Hilda Avella de Granados, ningún conocimiento tuvieron de la adulteración o falsificación de dicho documento, los sindicados Luis Alfonso Merchán y José Francisco Pérez Cuevo (tenedor del título) se endilgan recíprocamente la autoría del delito y el dictamen grafológico no es concluyente en el sentido de afirmarla o negarla en cabeza del procesado Núñez Merchán, máxime si el perito grafólogo exigió nuevas muestras caligráficas de este último para ser sometidas a examen, sin que se hubieran aportado, surge una duda insalvable respecto a la responsabilidad de su cliente, la que debió ser resuelta en su favor, como lo ordenaba el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente.

Concluye manifestando que "En estas condiciones, se demuestra entonces un manifiesto error de hecho por falso juicio de identidad que trajo consigo la violación indirecta de la ley sustancial, como son los artículos 29 inciso 3º de la Constitución Nacional; 2º, 5º, 21 y 35 del Código Penal; artículos 30, 186 ordinal 4º, 247 y 248 (Decreto 050 de 1987) por cuanto el error de hecho por falso juicio de identidad plenamente demostrado recae en la exclusión evidente, por inobservancia de dichos preceptos aplicables al caso *sub judice* y solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida absolviendo al procesado recurrente por el delito de falsedad en documento privado.

Segundo cargo. Atinente al delito de falso testimonio y tiene que ver con un "típico y manifiesto error de derecho por falso juicio de legalidad en virtud de haberse apreciado o tenido en cuenta por el fallador pruebas que jurídicamente no tienen eficacia, toda vez que se violaron las condiciones esenciales de validez y existencia de ellas, con lo cual se conculcó la normatividad penal material..."

Consiste el error probatorio, según el libelista, en "que el fallador tanto de primera como de segunda instancia, le asignó valor jurídico probatorio a los dichos de los procesados Orlando de Jesús Rincón y Carlos Otto Pérez Oviedo, para edificar sobre esas afirmaciones una sentencia condenatoria, en contra de mi defendido Luis Alfonso Núñez Merchán a título de determinador en el delito de falso testimonio (ver folios 20 a 27 cuaderno original expediente 0054), no obstante ser ostensible la flagrante omisión de la formalidad del juramento de Rincón Castro y Pérez Oviedo, respecto de los cargos que éstos hicieron en sus respectivas injuradas a Luis Alfonso Núñez Merchán y que, como se desprende de la sentencia censurada, constituye a la postre la única prueba que sirve de soporte inculpativo en contra de aquél".

No puede tenerse como formal y valedera imputación, ni menos como soporte de una sentencia de condena, las manifestaciones hechas por los sindicados Rincón Castro

y Pérez Oviedo en contra del procesado recurrente Núñez Merchán, en razón de haberlo sido sin la formalidad del juramento, como lo exigía el artículo 379 del anterior C. de P. P. (hoy 357 de la codificación vigente). Faltando dicho requisito la acusación, debe desestimarse por haber sido producida con pretermisión de una de las formalidades exigidas para su existencia y validez.

Consecuente con tal planteamiento solicita la infirmación parcial de la sentencia respecto al delito de falso testimonio para que en su lugar se absuelva al acusado recurrente.

Tercer cargo. Concerniente al delito de falsa denuncia y descrito por el impugnador como motivo de nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa del procesado Núñez Merchán.

Argumenta que su patrocinado careció de defensa técnica durante el sumario y parte del juicio, porque habiendo sido declarado persona ausente se le designó defensora de oficio a una profesional del derecho que no solicitó la práctica de pruebas, no controvirtió las allegadas en su contra, ni presentó alegación en su favor, limitándose exclusivamente, a pedir el aplazamiento de la audiencia pública.

De haberse ejercitado una defensa técnica, agrega "se habrían practicado pruebas relativas al esclarecimiento pleno del alcance de sus dichos, en la injurada rendida ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama, donde hizo cargos a Gabriel Tobito, y fueron ratificados bajo juramento imponiéndole únicamente el contenido del artículo 172 del Código Penal y sin que por ninguna parte obre constancia de la imposición del artículo 166 *ibidem*, el que se le imputa de haber infringido. En dicha actuación el sindicado Núñez Merchán expresó una simple creencia, mas no la certeza de que el recibo haya sido falsificado por Tobito".

La indefensión de que fue objeto su representado impidió que los experticios que obran en autos se dieran en traslado a las partes para que éstas hubieran tenido la oportunidad de controvertirlos; no permitió que el denunciante Gabriel Tobito fuese interrogado sobre determinados aspectos que interesaban a la investigación ni que los testigos Diego Mario Gómez y Juan Elisen Guevara hubiesen sido contrainterrogados para que dieran una mejor explicación de sus dichos.

Luego expresa:

"En el caso de autos, la vinculación de Núñez Merchán se produjo cuando ya se habían evacuado todas las pruebas, sin que se haya ejercitado el principio de contradicción de las mismas, su vinculación fue en esta forma tardía, y por consiguiente existe una nulidad de la actuación a partir del auto que cerró la investigación, máxime si se trataba de una persona conocida como inculpado, que debió vincularse inmediatamente".

Solicita casar parcialmente la sentencia impugnada y declarar la nulidad del proceso, por falsa denuncia, a partir del auto de cierre de la investigación en adelante.

Alegaciones de los Sujetos Procesales no Recurrentes

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

Principiando por el examen del tercer cargo, relacionado con la nulidad del proceso por falsa denuncia contra persona determinada en razón de haber carecido el procesado Luis Alfonso Núñez Merchán de defensa técnica durante el sumario y parte del juicio por inactividad de la abogada designada como su defensora de oficio, estima que la objeción es infundada porque el demandante no demostró que dicho comportamiento negligente hubiese cercenado efectivamente el derecho a la defensa.

"No se ajusta a la verdad procesal, entonces -agrega- la afirmación del demandante de que durante todo el proceso el implicado careció de defensa técnica, aseveración que incluso desvalora la actividad del mismo libelista, pues fue él quien, a partir de la acumulación, asumió la defensa integral del encausado. Mírese, para ratificar lo dicho, que el citado profesional solicitó la práctica de pruebas relacionadas con los hechos calificados de la falsa denuncia, según se constata al folio 67 del cuaderno respectivo. A partir de entonces, su actividad fue continua y mal puede predicarse de ella su inexistencia.

"Si de la vulneración del derecho a la defensa se habla porque la defensora de oficio no tuvo ocasión de contrainterrogar a los declarantes que habían vertido su testimonio antes de su posesión, es posición que a más de carecer de argumentación demostrativa se destruye a sí misma, pues el derecho procesal no puede consagrar como fundamentos de invalidez condiciones imposibles. Los testigos ya habían rendido su versión y no podían, por imposible físico, ser interrogados por la, hasta entonces, inexistente defensora".

Siguiendo con el primer cargo a la sentencia, expresa que ninguno de los falladores de instancia tergiversó o distorsionó el sentido o contenido del dictamen grafológico, ni de los testimonios vertidos en autos y que si bien es cierto que no existe prueba directa que comprometa a Núñez Merchán como el autor de la alteración del cheque en su fecha de emisión; el Juzgador como el Tribunal Superior dedujeron en forma lógica y razonable "que el único sujeto que pudo realizar efectivamente la contrafacción del título valor lo era el acusado, quien lo tenía en su poder y tenía un interés directo en la adulteración para poder adelantar la acción ejecutiva que le representaba, con su éxito, el cincuenta por ciento de lo recaudado".

Y terminando con el segundo cargo, relativo a un error de hecho por falso juicio de legalidad al tenerse como prueba de cargo en contra de Núñez Merchán las manifestaciones inculpatorias, no juramentadas, hechas por sus compañeros de sindicación, Orlando de Jesús Rincón Castro y Carlos Otto Pérez Oviedo, expresa que respecto a tales imputaciones no se incurrió en yerro probatorio, porque las mismas se encuentran respaldadas por otros medios de convicción aducidos al proceso, como la declaración de Diego Mario Gómez Gualdrón.

A su turno, el apoderado de la parte civil dentro del proceso por falso testimonio, en escrito presentado en término, se opone a las pretensiones del recurrente plasmadas en el segundo cargo a la sentencia porque no es cierto que la responsabilidad penal deducida al procesado Luis Alfonso Núñez Merchán por el mencionado hecho punible se apoye exclusivamente en las afirmaciones no juramentadas de los cosindicados, sino en otros elementos de juicio como las copias auténticadas de la averiguación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público, contra el Fiscal Julio César Bohórquez Santamaría, que concluyeron con fallo absolutorio en su favor.

Reclama además un reajuste en la liquidación de los perjuicios causados a la víctima de falso testimonio por el comportamiento del procesado recurrente fundado para ello en las razones que aduce y en consideración a que este pedimento no tiene limitación en su examen ni implica *reformatio in pejus*.

Consideraciones de la Corte

Invirtiendo el orden en que fueron presentados, examinará la Sala los cargos formulados a la sentencia, comenzando por el relacionado con la nulidad de la actuación por falta de defensa técnica del procesado recurrente.

Tercer cargo. Es verdad que la defensora de oficio designada para representar al procesado ausente Luis Alfonso Núñez Merchán dentro del proceso que se le seguía por el delito de falsa denuncia contra persona determinada no realizó ninguna gestión en defensa de su asistido; pero esta inactividad profesional objetivamente considerada no genera *per se* invalidez de la actuación por falta de defensa técnica si se tiene en cuenta que durante la etapa del juicio sobreviniente a la acumulación de las tres causas seguidas contra Núñez Merchán, su defensor de confianza, que es el mismo profesional recurrente en casación, tuvo acceso al proceso unificado, conoció las pruebas aducidas y solicitó, aunque con resultados negativos, lo que pudiera considerarse como ampliación o complementación del dictamen grafológico rendido por el Instituto de Medicina Legal sobre el recibo o comprobante de la entrega de las letras de cambio.

Además, pidió la acumulación de las causas por falsedad en documento privado y falsa denuncia, la libertad provisional de su cliente con fundamento en el ordinal 1º del artículo 439 del anterior C. de P. P., la revocatoria del reconocimiento de parte civil dentro del proceso por falso testimonio y la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva que pesaba sobre él, por la de caución.

Durante la audiencia pública el sindicado Luis Alfonso Núñez Merchán fue ampliamente interrogado sobre los hechos constitutivos del punible de falsa denuncia; su defensor criticó la prueba recaudada, especialmente el dictamen grafológico ya mencionado reclamando la absolución del acusado por inexistencia del ilícito.

A pesar de que el defensor recurrente tuvo a la vista las declaraciones y peritazgos incorporados al proceso por falsa denuncia, no pasó por su mente que aquéllas o éstos fueran ampliados o explicados para comprobar hechos o circunstancias que no alcanza a precisar, por lo que la nulidad alegada por él se funda en simples conjeturas traídas como expediente de última hora buscando de tal modo justificar su propia culpa.

De ninguna manera podría pensarse que dichos medios de persuasión fueron producidos y aducidos a espaldas del procesado recurrente. Por el contrario, respecto a ellos se dieron los requisitos de publicidad y contradicción, tenidos como pilares del derecho probatorio.

No es cierto que la defensa hubiese sido privada de la oportunidad de conocer la existencia del dictamen grafológico que en copia autenticada obra a folios 33 y 34 del respectivo cuaderno, que atribuye al sindicado Luis Alfonso Núñez Merchán la autoría del recibo o comprobante obrante a folio 105 *ibidem*, y prueba de ello es que el recurrente intentó, aunque infructuosamente, pedir una ampliación o complemento del mismo.

Y en cuanto a la tardía vinculación al proceso del ausente Núñez Merchán, si así puede calificarse, basta remitirse a la réplica de la Procuraduría Delegada para negarle el valor invalidante que se le atribuye.

Dijo en efecto, esa agencia fiscal, que "el funcionario judicial competente realizó los esfuerzos que le eran exigibles para procurar la oportuna vinculación del imputado a través de la diligencia de indagatoria, y en desarrollo de ellos realizó citaciones al incriminado, las que no fueron atendidas por éste, razón por la cual, agotada la espera que se estimó racional, se procedió a su emplazamiento como mecanismo para lograr su intervención en el proceso a través de su defensor oficioso, medida ésta aceptada y prevista por la ley para tales fines".

En definitiva, el demandante no precisó las pruebas que a su juicio dejaron de practicarse, y que de haberlo sido habrían repercutido con fuerza incontrastable en la sentencia cambiando su sentido o aminorando el rigor de la condena. Tampoco esbozó una tesis jurídica compatible con la realidad procesal y los intereses de su cliente ni una estrategia por seguir, que le hubieran significado al acusado un alivio en su comprometida situación.

No prospera la impugnación.

Primer cargo. Si el falso juicio de identidad por distorsión de la prueba ocurre cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido con el propósito de arribar a soluciones contrarias a la realidad procesal, es evidente que el cargo formulado a la sentencia por dicho concepto es totalmente desenfocado, pues del examen global y armónico realizado por los juzgadores de instancia sobre los medios de convicción obrantes en autos no se advierte que las afirmaciones del testigo Luis Alirio Granados Melo (girador del cheque), las explicaciones rendidas por el coimputado José Francisco Pérez Cuervo (beneficiario del título) y las conclusiones a que llegó el perito grafólogo del Instituto de Medicina Legal en cuanto a la alteración del documento en su fecha de emisión (1988 por 1983) hubiesen sido torcidas o reformadas con el ánimo de perjudicar al procesado Núñez Merchán.

Contrariamente a lo que piensa el censor, los falladores de instancia a través de una crítica racional y lógica de tales medios de persuasión llegaron a la certeza de que la contrafacción del cheque sólo podía ser obra del procesado Luis Alfonso Núñez Merchán porque recibió el título valor para su cobro judicial en las mismas condiciones en que fue emitido por Granados y únicamente a él podía favorecer la alteración, pues en el evento de prosperar la acción ejecutiva, recibiría el cincuenta por ciento de lo recaudado a título de honorarios por su gestión. Además, la alteración del documento en el año de su emisión enervaría la prescripción de la acción cambiaria.

Es verdad que ninguna prueba en concreto señala de modo directo al acusado como autor de la contrafacción del documento porque su responsabilidad en el hecho se dedujo de un concurso de inferencias graves, múltiples, concordantes y convergentes que lo señalan como el único autor de la falsedad investigada; prueba circunstancial o indiciaria que no mereció ninguna objeción o reproche por parte del demandante.

Cuando el juzgador, como en el presente caso, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas, ha llegado a la convicción o certeza sobre la responsabilidad del acusado, resulta en extremo difícil aceptar el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*),

aspecto éste que no se vislumbra en autos por la certidumbre absoluta que campea respecto a la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal de Núñez Merchán.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo. Es indiscutible que Carlos Otto Pérez Oviedo y Orlando de Jesús Rincón Castro, sindicados de falso testimonio por haber faltado a la verdad bajo la gravedad del juramento en declaración rendida ante la Procuraduría Regional de Santa Rosa de Viterbo, en la que falsamente le atribuyeron al Fiscal de los Juzgados del Circuito, doctor Julio César Bohórquez Santamaría, un hecho deshonroso; fueron oídos en indagatoria por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de dicha ciudad, diligencia en la que manifestaron haber sido inducidos o engañados por el también sindicado Luis Alfonso Núñez Merchán respecto a la forma como debían declarar haciendo aparecer al citado funcionario como protagonista de hechos inmorales. También lo es que, pese a tales acusaciones, el funcionario instructor no dio cumplimiento al artículo 379 del C. de P. P. entonces vigente (hoy 357 de la nueva codificación), que obliga a interrogar al sindicado bajo juramento en sus acusaciones, como si se tratara de un testigo.

Pero esta informalidad en el presente caso no genera error de derecho por falso juicio de legalidad en razón a que los cargos formulados por los mencionados indagados no lo fueron contra un tercero o extraño al proceso, sino contra el también sindicado Núñez Merchán constituyendo un todo inescindible con los aceptados por ellos en el curso de sus respectivas indagatorias, no pudiendo ser separados o divididos so pena de quebrantarse el derecho fundamental consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política de que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.

La Corte en sentencia de 15 de diciembre de 1992 (M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez), refiriéndose a la postura adoptada por la Procuraduría Delegada en caso similar al presente, en el sentido de que "si el indagado ha aceptado su participación en los hechos, no puede ser juramentado en las acusaciones que hace contra terceros", introdujo la siguiente discinción jurídica: "si los cargos que formula el indagado contra terceros son inescindibles, esto es, que no se pueden separar o dividir de los que a su turno acepta como cumplidos por él porque de todas maneras siempre refluirá en una consecuencia de personal responsabilidad, resulta obvio que no podría exigírsele el juramento sin ir contra la garantía constitucional plasmada en el artículo 33. Pero si las imputaciones contra otros son claramente separables de las que el indagatoriado confiesa realizadas por él, es patente que deberá sobre aquéllas juramentársele. Para el caso en estudio, no puede advertirse un comportamiento irregular y menos propicio a un fenómeno de anulación, puesto que tanto los cargos contra terceros como los propios confesados están ciertamente ligados y se muestran inseparables".

La ligazón entre los hechos confesados por Pérez Oviedo y Rincón Castro es tan estrecha con los cargos formulados a Núñez Merchán, que les significó a los dos primeros una condena como autores materiales del delito de falso testimonio y al último, como determinador de dicho ilícito.

Ahora bien, en el evento de que el error de derecho hubiese tenido cabal demostración, no incidiría de modo definitivo en las conclusiones de la sentencia de condena, toda vez que ésta subsistiría con base en el testimonio vertido por Diego Mario Gómez Gualdrón y las declaraciones rendidas bajo juramento ante la Procuraduría Regional de

Santa Rosa de Viterbo el 8 de julio de 1989, en las que Carlos Otto Pérez Oviedo y Orlando de Jesús Rincón Castro se retractaron de sus iniciales afirmaciones, pruebas marginadas de toda objeción o reproche por parte del demandante y de por sí suficientes para comprobar el falso testimonio y la responsabilidad del recurrente.

Quiere ello significar que el error probatorio endilgado no sería trascendente a los fines del recurso interpuesto.

Tampoco prospera la impugnación.

Finalmente, debe advertirse que la parte civil, por no ser recurrente, carece de legitimación para reclamar un reajuste en la liquidación de los perjuicios causados a la víctima del delito de falso testimonio, pues es bien sabido que su intervención se limita exclusivamente a presentar un alegato apreciatorio oponiéndose a las pretensiones del demandante o coadyuvándolas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, oídos los sujetos procesales no recurrentes 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 Luis Alfonso Núñez Merchán, de origen, fecha y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION / RESOLUCION DE ACUSACION / CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA / PENA / IRA E INTENSO DOLOR

Las variaciones introducidas a la calificación por el veredicto del jurado acogido en la sentencia no tenían carácter retroactivo; es decir, que para efectos de la prescripción no podían comprender el enjuiciamiento por ser éste una ley del proceso; pero esa tesis fue acertadamente recogida mediante sentencia del 25 de abril de 1977, y reiterada en varias oportunidades, entre ellas en el fallo de marzo 24 de 1981. La conclusión del *ad quem*, afirmativa respecto a la existencia de la circunstancia de atenuación, modifica de manera permitida la resolución de acusación, y teniendo en cuenta que ese aspecto no fue impugnado, dicha sentencia contiene la calificación definitiva, la cual incide en todo el proceso, incluido desde luego lo relacionado con la prescripción. Entender este tema de una manera diferente equivale a guiar la actuación con dos puntos de referencia distintos: uno, el contenido en la resolución de acusación, el cual ya se sabe que fue modificado por la sentencia, pero extrañamente se le hace producir efectos en cuanto a la prescripción; y otro, el consignado con el fallo, que es el definitivo, pero al que sin embargo se le limita su alcance, en cuanto no informa todo el proceso sino únicamente el señalamiento de la pena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8129.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 100 (Nov. 2/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 16 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Luis Enrique Niño contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Quince Superior de la misma ciudad, con algunas modificaciones, entre ellas la reducción de la pena privativa de la libertad de cinco (5) años a veinte (20) meses de prisión, por el delito de tentativa de

homicidio. Además, al sentenciado la circunstancia de atenuación prevista en el artículo 60 del Código Penal le aumenta la condena por concepto de perjuicios morales a 400 gramos oro, y concede la condena de ejecución condicional.

1. Hechos y Actuación Procesal

Los primeros los resumió el Tribunal así:

"Luis Enrique Niño es propietario del restaurante San Martín, ubicado en la carrera 66A No. 67-20 de esta ciudad, y ocurrió que en las primeras horas de la noche del 16 de diciembre de 1984, frente al local descendieron del taxi que conducía Fredy Alonso Gutiérrez los hermanos Julio César y Jesús María Fonseca y allí prosiguieron un enfrentamiento que entre los dos se había iniciado instantes antes y que fue justamente lo que obligó al conductor a detener la marcha del vehículo. En medio de la reyerta sus protagonistas penetraron al establecimiento, lo cual originó la reacción de su propietario, quien terminó intercambiando agresiones con aquéllos, hasta que finalmente, cuando ya el grupo de los hermanos Fonseca se disponía a marchar disparó hacia ellos por cuatro ocasiones su revólver, logrando hacer blanco con un proyectil en el rostro de Jesús María Fonseca, quien, a pesar de que recibió oportuna atención médica, quedó marcado con graves secuelas de carácter definitivo, a consecuencia de la herida padecida" (fl. 87 c. 1.).

La investigación por estos hechos fue abierta el 18 de diciembre de 1984 por la Inspección Primera A Penal Distrital de Policía, procediéndose a la práctica de abundante prueba testimonial así como también a la vinculación mediante indagatoria de Luis Enrique Niño, Fredy Alfonso Gutiérrez Cervera y los hermanos César y Jesús María Fonseca Barrera, a quienes el Juzgado Veintinueve Penal Municipal les resolvió la situación jurídica decretando su detención preventiva por el punible de lesiones personales.

El Juzgado Penal Municipal cerró la investigación, calificó el proceso y profirió sentencia condenatoria. Apelada esta providencia el Juzgado Once Superior declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, ordenando la remisión del expediente para ante los Juzgados de Instrucción Criminal -Reparto-.

El Juzgado Ciento Uno de Instrucción Criminal, despacho al cual le correspondió el proceso por reparto, calificó el mérito del sumario el 31 de diciembre de 1990 con resolución de acusación contra Luis Enrique Niño por el punible de homicidio imperfecto, y cesación de todo procedimiento en favor de los demás procesados por considerar que la acción penal se encontraba prescrita.

Contra la anterior determinación el defensor del acusado Niño interpuso recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, con el propósito de que se declarara la nulidad de todo lo actuado por incompetencia y se remitiera el expediente al Juzgado Penal Municipal de Reparto, o en subsidio que se modifique la parte resolutiva del fallo para que se consagre la atenuación del artículo 60 del Código Penal reconocida en el auto. El Juez Instructor negó las peticiones, pero omitió que existía la atenuante de la ira en razón a que "En efecto, es aceptable que la actividad realizada por el procesado Luis Enrique Niño, tanto en el momento mismo en que se da cuenta de la discusión que se presenta al frente de su establecimiento, como seguidamente cuando ante la reclamación es

agredido, y procede no sólo a empuñar el arma de fuego que guardaba junto a la registradora, sino que sale y dispara causando las consabidas lesiones a uno de los hermanos Fonseca, lo fue en estado de ira", otorgó como consecuencia de ello la libertad provisional para el procesado y concedió el recurso de apelación.

El Tribunal Superior, el 18 de julio de 1991, confirmó el pliego de cargos, modificándolo en el sentido de negar la presencia de un comportamiento ajeno, grave e injusto que provocara la conducta ilícita de Niño.

El Juzgado Quince Superior conoció de la etapa del juicio y, luego de practicada la audiencia pública, dictó sentencia el 19 de noviembre de 1991, condenando a Luis Enrique Niño acorde con el pliego acusatorio, negando la atenuante por la ira porque "demostrado como se encuentra que la agresión no partió de los hoy ofendidos, debemos reiterar los argumentos del honorable Tribunal al señalar que en favor del procesado no concurren los elementos estructurales del estado de ira".

Finalmente, el Tribunal Superior, al confirmar la condena en las circunstancias detalladas precedentemente, consideró que sí concurría la diminuente de responsabilidad consagrada en el artículo 60 del C. P., respecto de lo cual precisó: "Aunque en el auto calificatorio definitivo se suprimió el estado de ira que se había reconocido al enjuiciado, la Sala estima que en este último momento procesal de la sentencia debe reconocerse esa circunstancia de atenuación de la culpabilidad, porque es verdad procesal indiscutible que Luis Enrique Niño encontró un detonante temperamental en el comportamiento de los hombres que súbitamente llegaron a su establecimiento intempestivamente y en actitud agresiva protagonizaron los hechos ya conocidos. Y aunque, como bien se aclaró, el ahora sentenciado no llegó a perder la capacidad reflexiva, sí de todas maneras obró en estado impulsivo".

Inconforme con esta decisión, la defensora del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

II. La Demanda

La defensora presenta dos cargos contra la decisión recurrida:

Primero. La sentencia objeto del recurso extraordinario se dictó en un proceso viciado de nulidad.

La fundamentación parte de la afirmación de la existencia de irregularidades que afectan el debido proceso en forma sustancial, consistente en que al momento de proferirse el respectivo fallo ya había transcurrido el tiempo requerido por la ley para la prescripción de la acción penal, y en virtud de ello el Estado había perdido la potestad represora. Incluso en el momento en que se produjo la ejecutoria de la respectiva resolución acusatoria, el término prescriptivo de la acción ya se había cumplido.

La irregularidad denunciada encuentra marco legal en los artículos 304 numeral 2° del C. de P. P. y 29 de la C. N.

En la demostración del cargo la casacionista coteja la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos (diciembre 16 de 1984) con aquella en que fue proferida la resolución de acusación que quedó ejecutoriada el 18 de julio de 1991, para aducir que

acorde con la pena fijada en la ley para el delito de homicidio simple tentado y con reconocimiento de la ira, que se imputa a su representado, para tal momento la acción penal había prescrito, por haber transcurrido setenta y nueve (79) meses y dos (2) días, término que supera el prescriptivo de sesenta y siete (67) meses y quince (15) días. De tal manera, dicha calificación del mérito del sumario no alcanzó a interrumpir el término prescriptivo de la acción.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a la Corte que declare la nulidad del proceso a partir del auto que calificó el mérito sumarial inclusive, por haberse continuado la actuación cuando la acción penal ya estaba prescrita, proceda a decretar la cesación de procedimiento en favor de Luis Enrique Niño, y se declare prescrita la acción civil que fue adelantada dentro de este mismo proceso.

Segundo. Ataca la sentencia con apoyo en la causal primera motivo segundo, por errores de hecho en la valoración probatoria referida al aspecto de la culpabilidad (intención de matar).

Dadas las consideraciones a que se llegará en este proveído, no se hace necesario reseñar con más detalle este cargo.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ocupa exclusivamente de lo atinente a la primera censura, por estimar que está llamada a prosperar.

Inicialmente se refiere a la naturaleza e implicaciones del fenómeno de la prescripción, para luego hacer los siguientes planteamientos:

En el asunto objeto de examen, al procesado le fue atribuido el delito de homicidio simple en el grado de tentativa por hechos sucedidos el día 16 de diciembre de 1984, y no obstante que al momento de ser calificado el proceso en segunda instancia, fue negada la concurrencia de la circunstancia específica de atenuación por reconocimiento de la ira, y, así mismo, que el fallo de primer grado igualmente negara la diminuente con estricta sujeción al pliego acusatorio, la sentencia del Tribunal, que ahora es objeto de impugnación, consideró correctamente que el comportamiento de Niño fue desarrollado en estado de ira, causado por grave e injusto accionar de los señores Fredy Gutiérrez y los hermanos Jesús y Julio César Fonseca Barrero, quienes lo agredieron en el interior de su propio local comercial.

Estima que el "máximo de la pena fijada en la ley" para este caso concreto y que podía ser impuesta a Luis Enrique Niño sería de 5 años, 7 meses y 15 días, correspondiente éste al término prescriptivo de la acción penal.

No admitiendo discusión que los hechos objeto de averiguación ocurrieron el 16 de diciembre de 1984, "inconcusa verdad es entonces que para el momento de emitirse calificación del proceso por parte del Juzgado 101 de Instrucción Criminal el 31 de diciembre de 1990 (f. 41 c. o. 2), la acción penal se hallaba prescrita".

Estima que le asiste razón a la casacionista, y por ende debe prosperar el cargo que formula al amparo de la causal tercera, "ya que han prescrito tanto la acción penal como la acción civil, al tenor de lo previsto en los artículos 80 y 108 del C. P.".

En consecuencia, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada, declarando la nulidad de lo actuado a partir del auto calificatorio de primera instancia, "por cuanto a partir de esta actuación ya había operado el fenómeno prescriptivo de la acción penal, debiéndose decretar, en consecuencia, la cesación de procedimiento en favor de Luis Enrique Niño, en razón de los hechos de que trata este proceso".

IV. Consideraciones de la Corte

Primer cargo

La demandante censura la sentencia de segundo grado por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, en razón a que el auto calificatorio de segunda instancia quedó ejecutoriado el 18 de julio de 1991, y acorde con la pena fijada en la ley para el delito de tentativa de homicidio simple atenuado por el reconocimiento de la ira e intenso dolor, para tal momento la acción penal había prescrito.

El inciso primero del artículo 80 del Código Penal establece que "La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes".

Aplicando la anterior norma al caso que ocupa la atención de la Sala, tenemos:

Luis Enrique Niño fue llamado a juicio por el delito de homicidio simple en el grado de tentativa, negándose la circunstancia específica de atenuación consagrada en el artículo 60 del Código Penal, y así fue condenado en primera instancia. Sin embargo, el Tribunal en la sentencia que ahora es objeto de impugnación consideró que el comportamiento del procesado fue desarrollado en estado de ira, causado por grave e injusto accionar de los hombres que súbitamente llegaron a su establecimiento y en actitud agresiva protagonizaron los hechos ya conocidos.

La conclusión del *ad quem*, afirmativa respecto a la existencia de la circunstancia de atenuación, modificó de manera permitida la resolución de acusación, y teniendo en cuenta que ese aspecto no fue impugnado, dicha sentencia señaló la calificación definitiva, la cual incide en todo el proceso, incluido desde luego lo relacionado con la prescripción. Entender este tema de una manera diferente equivale a guiar la actuación, con dos puntos de referencia distintos: uno, el contenido en la resolución de acusación, el cual ya se sabe que fue modificado por la sentencia, pero extrañamente haciéndole producir efectos en cuanto a la prescripción; y otro, el consignado en el fallo, que es el definitivo, pero que sin embargo tiene un alcance limitado en cuanto no informa todo el proceso sino únicamente el señalamiento de la pena.

Pero además, un entendimiento así constituiría en este caso una burla a los intereses del procesado y una evidente deslealtad procesal. Veamos por qué: apenas fue calificado el mérito del sumario por el Juez de primera instancia reconociendo el estado de ira e intenso dolor, el defensor alegó que en esas condiciones la acción penal ya estaba prescrita; sin embargo, su argumento se quedó sin sustento porque el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra ese auto revocó el reconocimiento de la atenuante. Posteriormente, el mismo Tribunal, al conocer de la apelación de la sentencia,

admite que la conducta del autor del homicidio fue efectivamente en estado de ira e intenso dolor, lo cual equivale a admitir que el abogado tenía razón en su alegato, de donde se desprende que sería contrario al más elemental sentido de justicia negarle la prescripción adujendo simplemente que ya pasó la oportunidad, cuando precisamente ésta pasó por un error en la apreciación inicial del fallador.

En época ya pretérita, la Corte sostuvo que las variaciones introducidas a la calificación por el veredicto del jurado acogido en la sentencia no tenían carácter retroactivo: es decir, que para efectos de la prescripción no podían comprender el enjuiciamiento por ser éste una ley del proceso, pero esa tesis fue acertadamente recogida mediante sentencia del 25 de abril de 1977, y reiterada en varias oportunidades, entre ellas en fallo de marzo 24 de 1981.

La conclusión del *ad quem*, afirmativa respecto a la existencia de la circunstancia de atenuación, modifica de manera permitida la resolución de acusación, y teniendo en cuenta que ese aspecto no fue impugnado, dicha sentencia contiene la calificación definitiva, la cual incide en todo el proceso, incluido desde luego lo relacionado con la prescripción. Entender este tema de una manera diferente equivale a guiar la actuación con dos puntos de referencia distintos: uno, el contenido en la resolución de acusación, el cual ya se sabe que fue modificado por la sentencia, pero extrañamente se le hace producir efectos en cuanto a la prescripción; y otro, el consignado en el fallo, que es el definitivo, pero al que sin embargo se le limita su alcance, en cuanto no informa todo el proceso sino únicamente el señalamiento de la pena.

Pero además, un entendimiento así constituiría en este caso una burla a los intereses del procesado y una evidente deslealtad procesal. Veamos por qué: en el trámite de la apelación interpuesta contra el auto calificatorio, la Fiscal del Tribunal solicitó que se decretara la prescripción de la acción; sin embargo, su argumento se quedó sin apoyo porque el Tribunal al resolver el recurso revocó el reconocimiento de la atenuante de la ira e intenso dolor.

Posteriormente, el mismo Tribunal, al conocer de la apelación de la sentencia, admitió que la conducta del autor del homicidio sí fue efectivamente en estado de ira e intenso dolor, lo cual equivale a admitir que en esas condiciones la Fiscal tenía razón al solicitar la prescripción, de donde se desprende que negarla ahora adujendo que el auto enjuiciatorio es una ley del proceso sería una decisión contraria al más elemental sentido de justicia; pues, de una parte, la solicitud se presentó cuando aún ese proveído no había quedado ejecutoriado, y si no se decretó fue porque en ese momento el *ad quem* erró en su apreciación; y, de otra, cómo puede seguir siendo ley del proceso una calificación que fue modificada válidamente por la sentencia.

En época ya pretérita, la Corte sostuvo que las variaciones introducidas a la calificación por el veredicto del jurado acogido en la sentencia no tenían carácter retroactivo; es decir, que para efectos de la prescripción no podían comprender el enjuiciamiento por ser éste una ley del proceso, pero esa tesis fue acertadamente recogida mediante sentencia de 25 de abril de 1977, y reiterada en varias oportunidades, entre ellas en fallo de marzo 24 de 1981.

Así las cosas, en este asunto corresponde establecer si es cierto que para el 18 de julio de 1991, momento en que quedó ejecutoriada la resolución acusatoria de segunda

instancia, el Estado había perdido la potestad punitiva por prescripción de la acción penal. El cómputo respectivo es el siguiente:

La pena máxima prevista para el delito de homicidio simple aquí investigado era de quince (15) años de prisión, y con la disminución de la tentativa se reduce a un *quantum* "no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado"; esto quiere decir que la pena no podía superar los once (11) años y tres (3) meses. La atenuante de la ira permite la reducción de la sanción en una proporción "no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición"; es decir, el mayor tiempo aplicable serían cinco (5) años, siete (7) meses y quince (15) días, término en el que a su vez prescribe la acción penal, contado desde la perpetración del último acto.

La resolución de acusación contra el procesado quedó ejecutoriada el 18 de julio de 1991, cuando habían transcurrido seis (6) años, siete (7) meses y dos (2) días desde la fecha de ocurrencia de los hechos -julio 18 de 1984-. Por lo tanto, resulta evidente que aun para el momento de calificarse el proceso por parte del Juzgado Ciento Uno de Instrucción Criminal -31 de diciembre de 1990- la acción penal ya se hallaba prescrita.

En consecuencia, plena razón les asiste a la casacionista y al señor Procurador Delegado, por lo que el cargo formulado en la demanda al amparo de la causal tercera debe prosperar, ya que han prescrito tanto la acción penal, como la acción civil, al tenor de lo dispuesto en los artículos 80 y 108 del Código Penal.

En estas condiciones, por sustracción de materia, la Sala se abstiene de estudiar el segundo reproche formulado por la demandante.

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:

Primero. *Casar* la sentencia recurrida.

Segundo. *Declarar* prescrita la acción penal en el proceso adelantado por el Juzgado Quince Superior de Santafé de Bogotá contra Luis Enrique Niño, por el delito de tentativa de homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor en la persona de Jesús María Fonseca Barrera.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, *ordenar* la cesación del procedimiento seguido contra el imputado.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION / PRESCRIPCION
(Salvamento de Voto)

Parecería extraño asumir esta posición disidente, después de varios años de adhesión a criterio bien diferente, plasmado, como bien lo recuerda la decisión mayoritaria, en sentencia de 25 de abril de 1977 y ratificado en varias ocasiones, entre ellas, la del fallo de 24 de marzo de 1981. Pero en nueva reflexión, así sea a la hora de nona, que alcanza a advertir todas las facetas del asunto, creo que la posición justa y adecuada fue la inicialmente asumida por la Corte, apreciación que se agudiza al advertir los extremos a los cuales se ha llevado la tesis, como lo es el caso *sub judice*.

Para apuntar algunas razones propias a este salvamento, destaco:

1. Con mayor acierto y profundidad, la Corte, en su primera visualización del problema, tuvo ocasión de señalar los apoyos jurídicos de ese enfoque, enfatizando en la computación del auto de proceder (hoy resolución acusatoria) que señala la órbita en la cual debe moverse, como ley del proceso, el debate y las facultades del juzgador y de las partes.

Pero se dirá, y éste es el aspecto sobre el cual quiero recalcar, que nunca es tarde para corregir errores proyectados sobre un aspecto punitivo. Y eso es cierto, más entendido en su debido ámbito y con sus repercusiones propias, sin extravíos ni exageraciones.

Nadie ha dicho, ni es hora ni se dan argumentos para empezar a hacerlo, que no se pueda llegar a una absolución por detectar que la conducta no puede mantenerse en su nivel de delito, ni menos que no pueda atemperarse el rigor del cargo formulado, a expensas de las diminuentes que puedan insinuarse por vez primera o porque se retoma la discusión de las que antes suscitaron controversia y fueron desechadas. Tampoco. Y el punto es el más espinoso cuando se trata de intensificar la punición, que la *denominación jurídica* pueda sufrir variaciones significativas. No. De lo que se trata es sólo de advertir que el fenómeno prescriptivo tuvo un momento para establecerse como tal, esto es, cuando se formalizó la calificación del comportamiento humano, sin que sea dable recalar en el tema de la pérdida de eficacia de la acción penal, por obra de distinto manejo dialéctico del mismo asunto. La etapa de causa no se dirige propiamente a

restaurar una cuestión que ya se debe tener por definida para afianzar (seguridad jurídica) competencias y funciones. El vaivén de las opiniones, aun del mismo que emitió la calificación o de otros que aparecen con conceptuaciones personales, normales o estrambóticas, no debe derrotar aspecto tan fundamental y que exhibe la virtud de darle al proceso seriedad y estrictez. Tras afanes de precisión jurídica que bien pueden resolverse en el fallo y que no se exige solventarlos con la decadencia de la acción, se infiltran variaciones muy circunstanciadas que sólo resultan, en algunos estamentos, en galopante impunidad. Y, tomado el derrotero en ese sentido, ya nada queda por hacer, por fuera de formular denuncias que pueden llegar a castigar al infractor, pero no a restaurar el derecho en lo que debió ser la sentencia esperada. No deja de formar contrasentido la perpetua posibilidad de volver sobre las características de la conducta, para que ésta alcance la declaratoria de prescripción, como si nunca se llegara a una definición estable, y la implantación del sistema acusatorio que sobrepone el acuerdo de las partes a lo que podría ser la solución de justicia abstracta, o que impide la intervención del superior jerárquico por no haberse introducido una impugnación por fuera del procesado o su defensor, o la prohibición de advertir nuevas facetas propiciatorias de una agravación punitiva, o el peso constante del principio de limitación de los recursos, etc., todo lo cual está indicando la factibilidad de llegar a estadios procesales estables y seguros.

2. Pero si lo anterior, en un plano de generalidades, se presenta como atendible, en el caso *sub judice* la valoración se muestra acentuadamente desfavorable al reconocimiento que ha hecho la Sala por mayoría.

Y es fácil esta demostración, pues basta considerar que la sentencia monta su argumentación más decisiva en la mudanza que ha sufrido la resolución acusatoria, pues lo que fuera homicidio sin atenuantes, ahora, por obra de la sentencia, se trueca en homicidio en estado de ira por grave e injusta provocación.

Pero la realidad es otra: la resolución de cargos sigue intacta, pues la sentencia sólo ha admitido un factor que disminuye la pena y eso porque si bien no es dable acentuar las repercusiones de aquel pronunciamiento, sí es procedente atemperarlas o disminuirlas.

Tan cierto es esto, que, en forma particularizante, esa resolución acusatoria no es susceptible de anulación para introducir, y volver al debate en forma completa, el estado de ira, porque lo único que abriría este camino, cuando se trata de revaloraciones conceptuales, sería el error en la calificación o en la denominación jurídica. Y el cambio comentado no corresponde a la naturaleza de este motivo de invalidación. Nadie aceptaría este intento. Y, entonces, si ese llamamiento a juicio sigue indemne, ¿cómo puede afirmarse, porque a eso equivale el contenido de la decisión de la Corte, que para la fecha de la resolución de cargos no podía emitirse por darse el estado de ira, que específicamente se repudió, lo que imponía la prescripción de la acción penal? La tesis que la Corte dice sostener no llega a estos extremos. Lo que a lo *sumo* ha llegado esta Sala, en ese campo y según criterio del suscrito, es a lo siguiente: que debiéndose *remover* la resolución acusatoria por error de la misma (v. gr. se dedujo un delito de peculado cuando lo correcto era inferir uno de hurto), ello no podía hacerse por estar prescrita la acción penal inherente a ese otro delito (o sea, el hurto). Pero ahora se va más lejos, esto es, que sin poderse afectar la resolución acusatoria, que sigue vigente, la eventual admisión de una diminuente (ira, confesión, etc.), que refluye en la pena por imponerse en el fallo, la incidencia se traslada

a la prescripción de la acción penal. En otras palabras, dicha resolución sigue en pie, pero no tiene efecto, se la preserva como tal, pero se la desconoce; se acepta que podía dictarse en el sentido que se dictó, lo cual imposibilitaba la prescripción, pero que desconocida como fue la diminuente, sí debió admitirla; y, por tanto, por decadencia de la acción, se la tiene por no proferida. Estas son insalvables posiciones que no logro asimilar, estando a la mano una sencilla solución, vale anotar, la compatibilidad, reconociendo el específico espacio procesal de producción de cada acto, de esa resolución y del fallo, pieza esta última que permita degradar los factores de dosificación de la pena, sin que ello refluyese en desaparición o inidoneidad del auto de cargos.

El estado de ira, procesalmente, sólo existe al momento de emitir la sentencia; pero no repercute, en una especie de retroactividad que deja intocado el acto de calificación expresado, en la resolución acusatoria. Esa determinación confina su eficacia a la sentencia y de ahí que no deba aludirse al fenómeno de la prescripción, porque para este efecto, en el momento en que debía hacerse esa estimación, el homicidio se mantiene extraño a esa atenuación, según lo establece fehacientemente la resolución acusatoria proferida por el Tribunal.

Estimo, respetuosamente, que ésta es otra interpretación que se aparta de su debido sentido conforme a los marcos jurídicos que rigen la situación analizada. En lo que sí puede concordar muy bien es con la laxitud jurídica que se advierte como signo triunfante de los tiempos, los cuales nos amonestan en la dirección de favorecer desequilibradamente al procesado y abandonar los fueros exigibles de la sociedad y del ofendido con la conducta delictiva. Por eso, se han acortado los términos de prescripción después del vocatorio a juicio; se impide que la sentencia de primera o de segunda instancia, si todavía pende un recurso ordinario o extraordinario contra éstas, no pueda interrumpir la prescripción, aupándose así la proliferación de incidentes para ganar con el paso del tiempo lo que la realidad no consiguió, proliferan los motivos de atenuación, perdón y conciliación entre las partes y el Estado, se establecen, en fin, períodos recortados de investigación fatal que superados apenas de modo cronológico ya se constituyan en demostración de inocencia o en absoluta impotencia del Estado para prolongar, un poco más, la averiguación, utópica situación que ningún país del mundo, sin los problemas que tiene el nuestro, se ha atrevido a consagrar. Pero tal vez esta tendencia legislativa que, como adehala, nos atrevemos a censurar sea apenas la manifestación exitosa de lo que bien puede llamarse el homicidio institucional y que un autor nacional contemporáneo, dada la inseguridad que padecemos, proclama con la enseña: "el derecho penal debe morir". Y uno estaría tentado a aceptar, por la sinrazón de la fuerza, que lo den muerto, pero no que se suicide.

Atentamente,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha, *ut supra*.

PERJUICIOS / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

Que el Juez sea el llamado a cuantificar los anotados perjuicios, desde punto de vista alguno significa que lo deba hacer irrazonadamente, sin ningún fundamento real, en una especie de uso de su absoluto arbitrio. Por el contrario, como toda discreción que le es propia, el Juez debe usar la suya con racionalidad y lógica precisando invariablemente si el delito produjo el dolor y acongojamiento de que se ha hablado, y en caso afirmativo en qué medida, o precisando si no ocasionó ese perjuicio moral, debiendo dar en uno y otro caso las razones de rigor. De otro lado, acertadamente se ha dicho que sólo por excepción los delitos contra el patrimonio económico generan un daño distinto del meramente objetivo o material.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8007. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado acta número 105 nov. 11/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 16 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a cada uno de los procesados Carlos Hernando Beltrán Tinjacá y Pedro Arsenio Osorio Hernández a 32 meses de prisión por el delito de hurto, y al procesado Juan Manuel Castellanos Cruz a 30 meses de prisión por los delitos de hurto y porte ilegal de armas de defensa personal.

Antecedentes

1. El 11 de mayo de 1991, el señor Rafael Sánchez Turriago llegó en su automóvil Renault 9, de placas AP 1456, a la casa de unos familiares ubicada en la calle 119A con carrera 53A de Santafé de Bogotá. Siendo aproximadamente las 11 y media de la noche, los susodichos procesados Beltrán Tinjacá, Osorio Hernández y Castellanos Cruz fueron aprehendidos por la policía cuando intentaban forzar las puertas del mencionado automotor. Se les encontró un destornillador y en poder de Castellanos Cruz un revólver sin salvoconducto.

2. Con el informe de ser "reconocidos desvalijadores de carros" (fls.3-1), los capturados fueron puestos a disposición del Juzgado 22 de Instrucción Criminal, que abrió investigación, los indagó y resolvió su situación jurídica con auto de detención por los delitos de hurto y porte ilegal de armas (fls. 39 y ss.). En el mismo proveído se precisó que, dada la flagrancia, el procedimiento por seguir era el abreviado.

Practicadas otras pruebas, el proceso se remitió a los Juzgados Superiores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2790 de 1990, que asignaba a dichos juzgados la competencia para conocer, por el procedimiento ordinario, del porte ilegal de armas, correspondiendo al Juzgado 19, que mediante auto de 17 de junio de dicho año resolvió separar los delitos, a fin de que fueran investigados y juzgados separadamente. Para tomar esta decisión se basó en que la nombrada pareja de delitos estaba sujeta a procedimientos distintos: ordinario para el porte de armas y abreviado para el hurto (fls.80 y ss.).

Devuelto el proceso al Juzgado 22 de Instrucción Criminal se cumplió ese mandato procesal del Juzgado Superior, quedándose dicho juzgado con las diligencias pertinentes al porte de armas y remitiendo copias al Juzgado Penal del Circuito para lo referente al hurto.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito avocó el conocimiento del asunto y fijó fecha para audiencia pública; mas luego, en auto de 23 de julio (fls.175 y ss.-1), consideró que el Juzgado Superior no podía romper la unidad procesal, siendo éste, por tanto, competente para conocer de los dos ilícitos, razones por las cuales le devolvió el proceso planteándole colisión de competencias negativa. El Juzgado 22 aceptó el conflicto y envió el proceso al Tribunal, que mediante auto de 9 de septiembre de 1991 (fls.3 y ss.-2) estimó que cuando el referido artículo 10 del Decreto 2790 habla de procedimiento ordinario, lo hace para distinguirlo del especial que se sigue en la justicia de orden público (hoy Regional), y que entonces era el Juzgado Superior el competente para conocer de ambos hechos.

3. Ya con todo el diligenciamiento en el Juzgado 19 Superior, se celebró la audiencia pública el 30 de enero de 1992 (fls.141 y ss.-3) y se dictó sentencia de 13 de febrero (fls.151 y ss.-3), por medio de la cual se absolvió a los procesados Beltrán y Osorio por el delito de porte ilegal de armas, condenándoseles por el delito de tentativa de hurto a 32 meses de prisión; por su parte, Castellanos Cruz fue condenado conforme a la acusación por los dos aludidos delitos, a 30 meses de prisión; para esas dosificaciones de la pena principal se tuvo en cuenta que los procesados mencionados en primer lugar tenían en su contra dos sentencias condenatorias, mientras que Castellanos Cruz carecía de antecedentes. También se los condenó a todos a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago del equivalente a 200 gramos oro por concepto de perjuicios morales. Igualmente, se negó la condena de ejecución condicional y se ordenó la captura de los procesados, quienes habían sido dejados en libertad provisional (fls.158 y ss. 1).

Apelado el fallo por el defensor de los acusados (el mismo que hoy recurre en casación), el Tribunal lo confirmó por medio del suyo que se impugna de manera extraordinaria (fls.27 y ss.-2).

La Demanda

Se apoya el actor en la causal de nulidad prevista en el artículo 220-3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 304-3 igualmente menciona para sostener que se violó el derecho de defensa. Dice: "Por intermedio de la defensa los procesados le manifestaron a la señora Jueza Veintidós de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá que deseaban acogerse a los beneficios del artículo 439 numeral 7º del C. de P. P. (hoy art. 415 numeral 7º) y para tal fin allegaron un título por la suma de *cien mil pesos*, dado que el directo perjudicado no estaba solicitando nada en concreto por los posibles daños, al no aceptar esta cuantía (sic) lo obligaba el legislador a nombrar perito o a citar nuevamente al perjudicado u ofendido para que tasara tales daños, pero esto no ocurrió" (fls. 37-2, resaltado del original).

Y agrega el casacionista:

"Esta omisión generó que a los sindicados se les negara el reconocimiento de la prerrogativa del artículo 374 del Código Penal, que de haberse efectuado tal tasación (sic), y no a la espalda de los procesados, los resultados hubieren sido otros, por ejemplo que su pena se hubiere reducido a las tres cuartas partes o por lo menos a la mitad. No se le puede sorprender a un sindicado para luego decir en la sentencia que es irrisoria la indemnización y que los beneficios pregonados no son de recibo.

"Al no decretarse oportunamente la prueba pericial, se vulneró el derecho de defensa, como quiera que los procesados no pudieron acogerse a los beneficios que la ley consagra para quienes antes de dictarse sentencia indemnicen los daños y perjuicios.

"Lo anterior como quiera que el perjudicado u ofendido renunció a cualquier pretensión originada por los posibles daños y perjuicios, así que si el despacho no aceptaba la cantidad de dinero que los procesados consignaron para pagar los eventuales daños y perjuicios, tenía la obligación el Despacho de decretar la prueba pericial, que se les negó.

"Se los sorprende a los procesados con una cuantía exagerada de doscientos gramos oro, que para la fecha de la sentencia era cercana a un millón de pesos" (fls. 39 y 39-2).

Argumenta además el actor que la facultad contenida en el artículo 106 del Código Penal, de la cual hizo uso el sentenciador, es procedente cuando "no es posible la tasación", lo cual no se daba en este caso.

Pide entonces que se case el fallo y se decrete la nulidad del proceso a partir del auto que fijó fecha para celebrar la audiencia.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal inicialmente advierte "la concurrencia de irregularidades sustanciales que generan nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 304.2 del C. de P. P., pues atentan contra el debido proceso" (fl.10 cuaderno Corte).

Hace consistir esa irregularidad en la falta de motivación de la sentencia en cuanto a la condena en perjuicios. Cita sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 1986 (M. P.:

Dr. Reyes Echandía) respecto a la necesidad de motivar los puntos centrales de las decisiones, y señala:

"Y como a la luz de estas precisiones se observa en el fallo recurrido una carencia absoluta de las razones jurídicas que debió tener en cuenta el sentenciador para establecer la responsabilidad civil indemnizatoria, derivada de los delitos imputados a los procesados; y la correspondiente condena al pago de los perjuicios morales, y su monto estipulado en el equivalente a doscientos gramos oro, resulta evidente, en concepto de esta Delegada, la ausencia de motivación de la sentencia por lo que a este aspecto se refiere, y, en consecuencia, la configuración de la nulidad señalada.

Luego precisa la Delegada: "Es entonces evidente que los falladores se limitaron a citar el artículo 106 del C. P., como si con tal procedimiento obviara la demostración del requisito previo a la tasación de los perjuicios morales que posibilita dicha norma al decir 'el daño moral ocasionado por el también (sic) hecho punible', además de que igual omisión es fácil de apreciar de lo transcrito, en cuanto a los criterios que pudieron servir de base para la fijación del *quantum* indemnizatorio de esta clase de perjuicios, pues no es suficiente para cumplir con esta ineludible exigencia el copiar el marco legal, como lo hace el Tribunal, sino que impera demostrar qué y en qué medida concurren los supuestos fácticos probados en los abstractos criterios señalados por el legislador" (fl.11).

Cita la Delegada la sentencia de esta Sala de 26 de agosto de 1982 (M. P.: Dr. Gómez Velásquez), acerca de que es al Juez a quien le compete la tasación de los perjuicios morales "subjetivos", y anota:

"Pero es lo cierto que, ni de la redacción del artículo 106 ni de esta jurisprudencia transcrita, que en materia penal lo comenta, se desprende que el daño haya de estar probado, que es lo que corresponde demostrar primero al Juez. Nótese cómo a este respecto la mencionada norma preceptúa: 'Si *el daño moral ocasionado por el hecho punible* fuere susceptible de valoración pecuniaria por el Juez...', y cómo de igual manera surge claramente de este predicado la exigencia de la relación causal entre el daño y la obligación indemnizatoria derivada del delito" (se destaca, fl.12).

Cita la Procuraduría una sentencia de la Sala de Casación Civil (de 25 de noviembre de 1992, M. P.: Dr. Jaramillo Schloss) sobre la exigencia que requieren "los perjuicios morales subjetivos", referida a que estos daños deben estar debidamente probados e igualmente en cuanto a su intensidad (deben ser "ciertos", anota la jurisprudencia), y que su cuantificación debe quedar "al discreto arbitrio de los Jueces".

Dice la Delegada que por la tentativa de hurto atribuida a los procesados "difícilmente se hubiesen visto afectados los sentimientos más íntimos del sujeto pasivo, o le hubiesen causado pesar, afrenta, sensación dolorosa o padecimiento, que justificase compensación pecuniaria de alguna magnitud" (fl.15).

Solicita entonces la Delegada que "previa desestimación de los reparos formulados por el demandante" se case parcialmente el fallo impugnado, "para en su lugar se dicte el que en derecho corresponda reemplazarlo, al tenor de lo dispuesto el artículo 229 *ibidem*".

Se Considera

Como se vio, el cargo del demandante está encaminado a que la Corte declare la nulidad del proceso, a partir del auto que fijó fecha para celebrar la audiencia pública, a fin de que se avalúen los daños morales por parte de un perito.

Entre tanto, la nulidad que pide la Delegada afectaría únicamente el fallo, debiendo la Corte dictar el de reemplazo con la motivación a que hubiere lugar, atinente a los señalados perjuicios.

Se percibe entonces claro que tiene más cobertura procesal la nulidad solicitada por el demandante, razón para que se la estudie en primer término, como se hará en seguida:

1. Dígase de entrada que los perjuicios morales "puros" o "subjetivos", de que trata el artículo 106 del Código Penal no son en su cuantificación susceptibles de avalúo por peritos: así lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina. Esa tasación está, pues, reservada al buen juicio del sentenciador, que en cada caso observará lo sucedido realmente para calibrar si existe o no ese dolor íntimo y el grado de su intensidad.

Esta Sala se pronunció al respecto en sentencia de 26 de agosto de 1982 (M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez), como sigue:

"No es a esta clase de daño (al moral objetivable), entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas; es decir, al que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización.

"Por eso se ha llegado a denominar *pretium doloris* a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio Juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello, porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del *ius puniendi* encomendado al Estado.

"Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda la regulación por medio de peritos, de donde ni se precisa nombrarlos para ese efecto, ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalarse su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley" (paréntesis fuera del original)

Por manera que como en este caso el fallador concluyó en la inexistencia de perjuicios materiales, el nombramiento de perito que pide el casacionista para que avalúe los morales tórnase improcedente, pues se reitera que la tasación del daño moral es privativa del Juez en el fallo.

El cargo de nulidad, por no haberse designado perito para dicho efecto, pues, carece de asidero y ha de rechazarse.

2. Pero aparte de la improsperidad del referido cargo, habrá de tenerse en cuenta la petición de la Delegada, en cuanto es del criterio que procede la nulidad parcial del fallo impugnado, por no haberse motivado en ningún grado la aludida condena en perjuicios.

Pues bien: véase qué se lee al respecto en el fallo de primera instancia: "El despacho estima que la diminuente contemplada en el artículo 374 del C. P. es inaplicable, solicitud

que hiciera la defensa, pues si bien los procesados consignaron la suma de cien mil pesos ($100.000.00), por concepto de los perjuicios causados, dicha cifra no satisface plenamente los daños morales ocasionados, que en nuestro criterio es superior y así se reflejará en el acápite correspondiente; luego dicho título judicial no produce el efecto indicado en la citada norma" (fl.164-3).

Y en ese acápite anunciado, dijo: "...se los condenará al pago de los perjuicios morales derivados del delito de hurto calificado y agravado, oficiosamente y en el equivalente a doscientos (200) gramos oro, pues no fueron avaluados pericialmente y a falta de dictamen se tendrá en cuenta lo fijado en el artículo 106 del C. P. No se mencionan los daños materiales, porque no los hubo, teniendo en cuenta que estamos frente a una tentativa y por lo tanto no existió detrimento en el patrimonio del ofendido" (f.s.164 y 165).

Y en la parte resolutiva de la sentencia, produjo la anunciada condena civil (fl.167).

Por su parte, al confirmar el fallo en cuestión, dijo el Tribunal:

"La sentencia no viola el derecho de defensa establecido en el numeral 3° del artículo 305 del C. de P. P., pues el deseo de indemnizar que se haya expresado por los procesados, así el Juez haya oído sobre el punto al ofendido o nombrado perito, no implica violación del derecho de defensa, ni obliga al funcionario a aceptar la suma que caprichosamente la parte de la defensa haya consignado caprichosamente (sic), como en este evento $100.000.00

"Al no poderse avaluar pecuniariamente, se acudió correctamente a lo estatuido en el artículo 106 del C. Penal, que menciona los criterios para fijar la indemnización, que, en este caso concreto, estimó los perjuicios morales en 200 gramos oro, y consideró precaria la cantidad de $100.000.00 consignada durante el proceso.

"Tal como lo aduce el Ministerio Público, la falta de avalúo permite determinarlos de manera discrecional, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, el daño querido, el perjuicio moral y otras circunstancias que 'puedan arrojar resultados diferentes en razón al patrón subjetivo que se emplea para su valoración'; de manera que el justiprecio que hizo el *a quo* en 200 gramos no parece excesivo ni se tienen argumentos en contrario" (fl. 27-3).

Claro se ve, entonces, que tiene razón la Delegada cuando no encuentra la más mínima motivación en las partes considerativas de esos transcritos fallos. Si bien se dice que debe tenerse en cuenta la clase de delito imputado, ahí queda toda consideración, sin hacerse referencia alguna al concreto delito por el cual se condena y que es el que puede o no producir el daño moral en comento. ¿De dónde saca entonces el sentenciador el dolor profundo sufrido por la víctima? En la ampliación de denuncia rendida por el ofendido Rafael Sánchez Turriago, éste fue interrogado exhaustivamente sobre los diversos y pertinentes puntos, respondiendo a la pregunta de cuál había sido el daño sufrido: "No, ningún daño, yo tengo que ser honesto, ningún daño porque el carro no se lo alcanzaron a llevar, no se llevaron ningún elemento del vehículo" (fl. 57-1 *infra*).

Que el Juez sea el llamado a cuantificar los anotados perjuicios, desde punto de vista alguno significa que lo deba hacer irrazonadamente, sin ningún fundamento real, en una especie de uso de su absoluto arbitrio. Por el contrario, como toda discreción que le es propia, el Juez debe usar la suya con racionalidad y lógica, precisando invariablemente

si el delito produjo el dolor y acongojamiento de que se ha hablado, y en caso afirmativo en qué medida, o precisando si no ocasionó ese perjuicio moral, debiendo dar en uno y otro caso las razones de rigor. De otro lado, acertadamente se ha dicho que sólo por excepción los delitos contra el patrimonio económico generan un daño distinto del meramente objetivo o material.

Aquí el mencionado Sánchez Turriago es claro al decir que cuando salió de la casa de sus padres ya el agente Miguel Alexánder Velandia Herrera tenía encañonados con su revólver a los procesados, quienes minutos antes habían tratado de forzar las cerraduras de las puertas de su vehículo. De suerte que no se percibe que a consecuencia de ese conato de delito el referido ciudadano haya sufrido el daño moral puro que se comenta.

La Sala entonces considera nula la sentencia en el nombrado punto, por lo que cumpliendo las veces de la segunda instancia (como procede en casación cuando se dicta fallo de reemplazo), ha dejado motivada la cuestión, supliendo de esta manera la falta del falladorr y actuando como lo ordena el artículo 229 del nuevo Código de Procedimiento Penal, para eventos de nulidad que sólo afecten la sentencia.

No habiendo perjuicios morales por razón de la tentativa de hurto por la cual se condenó a los tres procesados, la Sala así lo resolverá, previa revocación del correspondiente punto del fallo impugnado. En este sentido, pues, se casará el fallo.

Consecuente con lo dicho, se dispondrá también la devolución, a quien corresponda, del título judicial aportado al proceso a manera de cancelación de perjuicios (fl. 52-1).

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

RESUELVE:

1. *Casar parcialmente* la sentencia impugnada para revocar el numeral 4° de su parte resolutiva y, en su lugar, *absolver* a los procesados del pago de perjuicios.

En lo demás, el fallo impugnado no sufre modificación alguna.

2. *Disponer* la devolución del título judicial aportado para la cancelación de los daños y perjuicios.

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

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

Carlos A.Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD / NOTIFICACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO

Una de las características del debido proceso es el derecho a la defensa: por esa razón es evidente que al violarse este último se afecta el primero. Lo que sí puede presentarse de manera independiente, y de ahí la validez de la separación hecha por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal en los numerales segundo y tercero, es que se cometa una irregularidad que rompa la estructura formal del proceso sin afectar el derecho a la defensa, como podría ocurrir en un diligenciamiento viciado que haya terminado con sentencia absolutoria. / El debido proceso no puede entenderse únicamente como los pasos que la ley señala para llegar a la sentencia, sino también como los actos procesales y las determinaciones que el Juez debe tomar para asegurar una pronta, recta y cumplida administración de justicia. / Es cierto que las notificaciones deben ser realizadas dentro de los parámetros legales previstos en el ordenamiento procesal, para cumplir con los efectos perseguidos en ellas. Su naturaleza jurídica es la de un acto de información por medio del cual los sujetos procesales adquieren conocimiento de algunos aspectos del ejercicio de la jurisdicción. Siendo ello así, debe concluirse que cuando se violen los preceptos normativos que la rigen, su infracción no puede mirarse aisladamente, sino en relación con los efectos que la omisión o irregularidad haya podido comunicar al posterior desenvolvimiento del proceso. / Siendo evidente que el procesado y su defensor conocieron el contenido del proveído, no es posible pretender con afirmaciones contrarias a la realidad procesal que se invalide la actuación. / Cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho radicado en falso juicio de existencia, para que pueda prosperar el cargo, el casacionista está en la obligación de demostrar que el fallador supuso una prueba inexistente, o que dejó de considerar una que legal y materialmente hace parte del proceso, así como la incidencia que el yerro invocado tiene en la decisión tomada por el sentenciador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8155.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 105 (nov. 11/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Eliseo Reyes Bello, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente a la pena de diez (10) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados con los punibles, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal así:

"Pasadas las diez de la noche del 31 de diciembre de 1990, en proximidades de la morada de Eliseo Reyes Bello, ubicada en la calle 56D No. 29-27 sur, Barrio Villa Jimena de esta ciudad capital, incómodo con la actitud de Jorge Enrique Gómez Moreno y sus amigos para con Lina Gladys Sotele Villamil, esposa de Eliseo, al golpearle la puerta de la residencia con un balón y exclamar frases ofensivas, acudió Eliseo al sitio con el revólver, que ya había utilizado para golpear y atemorizar al entrenador de foot-ball (sic) de los jóvenes y no obstante la mediación de Sara Parra Castro, tía de Jorge Enrique, la retiró bruscamente y disparó el arma de fuego varias veces contra la humanidad de Jorge Enrique Gómez Moreno, quien falleció debido a las lesiones pulmonares graves que sufrió y consiguiente *shock* hemorrágico".

II. Actuación Procesal

Practicadas algunas diligencias por el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal, el asunto pasó al conocimiento del Juzgado Ciento Doce de la misma especialidad, quien abrió la correspondiente investigación penal.

Escuchado en indagatoria a Eliseo Reyes Bello, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de homicidio, en auto de enero 8 de 1991.

Respecto a la anterior decisión no aparece constancia de que haya sido notificada personalmente, pero sí por estado de fecha 11 de enero de 1991 y posteriormente por estado No. 006 de 14 de enero del mismo año.

Obra en autos memorial suscrito por el defensor del procesado en el cual solicita al Juzgado Instructor "revocar el numeral 2º de la parte resolutiva del auto de enero 8º" que resolvió la situación jurídica del procesado disponiendo la remisión de éste a la Cárcel Nacional Modelo, petición que fue resuelta favorablemente en auto de enero 31 siguiente, decisión que fue notificada personalmente al Fiscal y al procesado el 4 de febrero de 1991.

Posteriormente el señor defensor presenta un memorial al que anexa el original de un escrito de su poderdante en el que solicita que se lo mantenga recluido en la Cárcel Nacional Modelo. El Juzgado accediendo al pedimento del acusado y su defensor, en auto de febrero 19 de 1991 resuelve: "estése a lo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia que resolvió la situación jurídica del encartado".

Cerrada la investigación, el Ministerio Público presenta un alegato de conclusión en el que manifiesta textualmente "...compartiendo los razonamientos del Juzgado al imponer medida de aseguramiento al procesado, cree la Fiscalía que se encuentran satisfechos los requisitos sustanciales para que se dicte *resolución de acusación* en contra de Elíseo Reyes Bello, por el punible de *homicidio agravado*".

El Juez instructor, en providencia de abril 29 de 1991, califica el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio.

Tramitado el recurso de reposición interpuesto contra el auto calificatorio, fue resuelto en forma desfavorable al procesado.

Al Juzgado Once Superior le correspondió tramitar la etapa del juicio. Celebrada la audiencia pública, el hoy Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria en los términos antes indicados, la cual fue confirmada por el Tribunal.

III. La Demanda

El demandante presenta dos cargos, uno por nulidad y otro por violación indirecta, cuya formulación y desarrollo realiza así.

Causal Tercera

El actor acusa la sentencia de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por "violación del derecho de defensa, por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

La irregularidad la hace consistir en que "no se notificó el auto que definió la situación jurídica del sindicado ni al retenido, como tampoco al Ministerio Público; es decir, que a la fecha por este error sustancial el suso dicho (sic) auto de detención no se encuentra en firme.

Se refiere al auto de 8 de enero de "mil novecientos noventa y dos" (sic) que define la situación jurídica del procesado para afirmar que "no hay ninguna constancia de notificación ni al defensor, ni al sindicado que estaba privado de la libertad, como tampoco al Ministerio Público, mucho menos constancia de que este auto haya sido notificado por Estado".

Agrega que el hecho de que el defensor haya interpuesto recurso de reposición contra el auto que definió la situación jurídica "no subsanó la notificación al sindicado que estaba detenido, ya que este último no interpuso recurso sobre el mismo ...y el hecho de que el defensor quedara notificado por conducta concluyente no subsana la falta de notificación al Ministerio Público, que para aquel entonces, si no concurría personalmente se le notificaba por Estado, y como quiera que la notificación por estado nunca se realizó, quedó la irregularidad que no ha sido subsanada hasta la fecha.

Considera que está claro que al sindicado no se lo enteró de la determinación que jurídicamente se tomó en su contra, y a éste también la ley le da la facultad de ejercitar su defensa diferente de la técnica.

Estima que como consecuencia de la violación del debido proceso se violó el derecho de defensa, toda vez que al sindicado "se le coartó su derecho de defensa que

por Constitución y por ley podía ejercer, a la vez que al Ministerio Público, el de ejercitar la función de defensa de la sociedad y, por qué no, del mismo sindicado, ya que éste es también miembro de la sociedad"

Afirma que "No quedó subsanada la irregularidad frente al Ministerio Público, ya que en la segunda instancia se dijo por parte de este agente ante esa Corporación que tal irregularidad quedaba subsanada con la presentación de los alegatos de conclusión para calificar el mérito del sumario, y la norma habla de la conducta concluyente cuando se ejerce impugnación sobre la providencia dejada de notificar, cosa que aquí tampoco ocurrió".

En criterio del actor, "todo lo anterior genera nulidad de todo lo actuado, desde el mismo auto de detención (exclusive)".

Cita como normas violadas los artículos 1°, 6°, 186, 188, 190, 246 del C. de P.P. y 29, 31, 228 y 230 de la C. N., "creando con ello nulidades legales y supralegales consagradas en el artículo 304 numerales 2° y 3° del Código de Procedimiento Penal".

Solicita a la Corte que se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que definió la situación jurídica del indagado (exclusive) ordenando efectuar la notificación en debida forma.

Causal Primera

El libelista invoca el cuerpo segundo de la causal primera de casación para aducir que el sentenciador incurrió en "error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia" en la apreciación de la prueba, generando con ello la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal.

Sostiene que el Juez sentenciador no reconoció en favor del sindicado el atenuante de la ira, "al ignorar las ofensas que el hoy obitado y sus amigos le produjeron a su señora esposa, Lina Gladys Sotelo, que fue lo que desató el ataque de Reyes Bello al hoy fallecido Jorge Enrique Gómez Moreno".

Transcribe algunos apartes del fallo de primer grado, para luego decir que "Distorsionó la prueba el sentenciador, cuando explica el comportamiento de Eliseo Reyes Bello", derivado de los testimonios de Sara Parra Castro, Henry Noguera Gil, Javier Sandoval González, Lina Gladys Sotelo Villamil, Manuel Hernando Fontibón Zapata -los que transcribe en sus apartes pertinentes- aduciendo que fueron distorsionados, pues ellos demuestran que hubo un roce entre el hoy occiso y la esposa del procesado, lo que motivó que Bello saliera "en defensa de su señora esposa, que lo alteró afectivamente; esa ofensa verbal, han sostenido los psiquiatras, no es de tal magnitud para desencadenar un trastorno mental, pero sí para alterar la esfera afectiva de las personas".

La ira como estado emotivo hace que todo esposo reaccione si su cónyuge es agredida injustamente, provocación que encuentra respaldo en el proceso, pues hay testimonios que narran que por parte del occiso hubo agresión física a la señora del procesado y ataque a la casa de habitación de la misma.

Dice el libelista que las "provocaciones a la señora Lina Gladys Sotelo son trasladadas a su cónyuge, que para él son graves e injustas, que aparecen con nitidez a lo largo del proceso, ya que todos son unánimes en sostener que ella fue e hizo que su

esposo saliera en defensa de ella. Pudo ser que frente a ella la agresión y provocación no era de tal magnitud, pero como ella va e incita a su esposo, para este último se tornan graves e injustas".

Agrega que el Juez desconoció la aplicación del artículo 60 del Código Penal cuando la prueba se presenta "nítida, clara y diáfana", y el argumento central del sentenciador "está contradicho", por lo que solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y dictar el fallo sustitutivo.

Como normas violadas cita los artículos 60 del C. P.; 246, 247, 249, 253, 254, 7° y 18 del C. de P. P.

IV. Concepto del Ministerio Público

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

Causal Tercera

Señala que la nulidad que denuncia el casacionista tiene un doble sustento: violación del debido proceso y mengua del derecho a la defensa. Lo primero, por olvidarse la notificación del auto que definió la situación jurídica del imputado; lo segundo porque se limitaron las opciones defensivas del encartado al verse imposibilitado de ejercer su defensa material, "con lo cual entremezcla asuntos que han debido debatirse por vías separadas, pues lo primero apunta a la vulneración de las formas propias del juicio, al paso que el otro se refiere a la garantía procesal y exige, en consecuencia, supuestos de alegación diversos. En el caso de la violación del debido proceso, debió establecer la comprobada existencia de una irregularidad que afectara la estructura básica de la actuación en la violación del derecho de defensa, le era imperioso determinar la actuación procesal que considera lesiva del derecho y como tal violación impidió el ejercicio de particulares actividades tendientes a obtener decisiones favorables, y la forma como el obstáculo incidió desfavorablemente en la sentencia, situación que no hizo a lo largo del libelo".

El Ministerio Público se pronuncia adversamente a las pretensiones del libelista con apoyo en los siguientes argumentos:

Para que sea procedente la declaratoria de nulidad, no debe tratarse de meras informalidades, "sino que el error ha de constituir una violación flagrante y grave a la ley de ritos". Las normas de casación prescriben que el vicio debe aparecer nitidamente en la actuación; es decir, de modo claro, objetivo e inconfundible y tener la aptitud suficiente para resquebrajar el debido proceso y ser de tal magnitud, que no haya otro remedio que el extremo de la invalidez. Transcribe un pronunciamiento de la Corte sobre el particular.

Luego de hacer algunas precisiones sobre la notificación y sus efectos, concluye que sólo podría entenderse que la irregular comunicación afecta la estructura misma del proceso o priva al inculpado de su derecho a defenderse de las acusaciones en su contra, cuando ella haya sido mal realizada y se refiera a aquellas decisiones sustanciales dentro del proceso, como serían la resolución de acusación y la sentencia, pues la trascendencia de estas determinaciones judiciales exige el máximo respeto a la forma en cuanto ella

garantiza que las providencias no harán su tránsito a ejecutoria formal y material sin la previa oportunidad de discusión plena.

Cuando el proveído, como en el caso del auto de detención, no hace tránsito a cosa juzgada material -puede ser revocado en cualquier momento bien a solicitud de parte u oficiosamente- sus defectos de notificación pueden encontrar adecuado remedio en posteriores actuaciones que cumplan la misma finalidad de comunicación o entenderse convalidadas con las subsiguientes intervenciones de los sujetos procesales.

Se tiene que efectivamente el Juzgado dictó, el ocho de enero de 1991, un auto en el cual decretó la detención preventiva del indagado Reyes Bello y que no obra constancia de que tal decisión haya sido comunicada personalmente al procesado, que por entonces se hallaba privado de la libertad, pues la notificación del auto se produjo exclusivamente mediante anotación en estado, inicialmente el día 11 de enero de 1991 (fl. 106) y posteriormente -en la misma forma- con inclusión en estado número 006 de enero 14 del mismo año (fl.109 vto.).

No obstante lo anterior, es evidente que el procesado estuvo enterado oportunamente de la decisión judicial tomada en su contra, no solamente a través de su defensor, quien hizo manifestación expresa de su conocimiento interponiendo un recurso de reposición el día 9 de enero de 1991, sino también porque con posterioridad el mismo Juzgado dictó auto de 31 de enero siguiente en el cual repuso la providencia recurrida para ordenar que el inculpado cumpliera su detención preventiva en la Cárcel Distrital de Varones, decisión que se notificó personalmente a Reyes Bello el 4 de febrero del mismo año (fl. 166).

Considera el Procurador que esta situación pone de manifiesto que el acusado fue enterado de la medida de detención pronunciada en su contra y que no fueron, en consecuencia, cercenadas sus oportunidades de ejercer la defensa material que invoca como sustento de nulidad su defensor. Transcribe pronunciamiento de la Corte en torno a los defectos en la notificación de autos como el que ahora se esgrime como motivo de anulación, y que si bien resuelve situación un poco diversa a la presente, pone de relieve lo inadecuado de la alegación del defensor en este evento.

Para la Delegada resulta claro "que la parte defendida conoció el contenido del proveído y, por ende, no se puede predicar invalidez de la actuación cuando, a pesar de los defectos que se le enrostran, ésta ha cumplido su finalidad al enterarse los sujetos procesales de su contenido; más aún, cuando contra este auto podía solicitarse la revocatoria, y ningún obstáculo se puso en etapas ulteriores para el adecuado ejercicio de la defensa material". La irregularidad detectada no tiene la virtualidad de socavar la estructura misma del proceso, como quiera que no se tradujo en posteriores variaciones del rito o en preterimisión de formas que alteraran la esencia misma de los trámites pertinentes previamente establecidos.

En consecuencia, estima el Procurador que el cargo no puede prosperar.

Causal primera

Observa la Delegada que el libelista no concreta cuál de las formas posibles de error escoge, pudiéndose suponer, en principio, que su alegación lo guía por un error de hecho por falso juicio de existencia, pero posteriormente, al sustentar el cargo, sostiene que el

sentenciador "distorsionó varios testimonios, lo cual daría a entender que la inconformidad apunta a un error de hecho por falso juicio de identidad, al colocar en evidencia que el hecho aprehendido por los declarantes fue desfigurado en sus dimensiones objetivas, faltando con ello a las exigencias de claridad y precisión, que son presupuestos indispensables por la especialidad de este recurso extraordinario.

En la demostración del yerro que le señala el sentenciador, "es aún más patética la falta de técnica, al hacer apreciaciones genéricas del estado emotivo de ira, que a su juicio soportaba el procesado, para luego iniciar la transcripción de manera fragmentada de varios testimonios (Hany Noguera Gil, Javier Sandoval González, Lina Gladys Sotelo Villamil y Manuel Hernando Fontibón Zapata- y concluir que el falladór desconoció 'el artículo 60 del Código Penal cuando la prueba se presenta nítida, clara y diáfana, inició su estudio pero distorsionó el contenido de la prueba', sin lograr establecer la idoneidad o la incidencia de la falencia que denuncia; es decir, que el Juzgador incurrió en ostensibles y manifiestos errores en la apreciación de los testimonios, que por ser tan contundentes influyeron en su decisión en forma tal, que no hubiera tomado la providencia que se ataca, desquiciando también los demás elementos de convicción que sirvieron de soporte para el fallo de segundo grado".

Otro error que observa es la falta de integración de la proposición jurídica completa, habida consideración de que con precisión la jurisprudencia y con ella la Delegada, han reiterado que es deber del impugnante citar en forma clara y precisa todas las normas que conforman la unidad lógico-jurídica que sirve de fundamento a la censura. Ante la omisión de alguna de ellas, o equivocar las citas de las que no corresponden, la Corte no puede de manera oficiosa corregir el vicio de la demanda, toda vez que tal actitud quebrantaría el principio de limitación, que reclama del demandante la tarea de enmarcar el radio de acción en que debe circunscribirse la Corte de Casación, so pena de tornar imprósperа la censura por falta de técnica.

El libelista sólo se dio a la tarea de citar las normas reguladoras de la prueba y la sustancial, que estimó infringida; pero ahí paró su alegación, al no tener cuestionamiento o desarrollo en su aspecto fáctico, quedándose ellas en simples enunciados y por ende sin demostración su quebranto.

El censor desconoció estas exigencias de la técnica, lo que impide penetrar en el estudio del asunto, pues los principios rectores de este recurso no permiten que la Corte supla la inidoneidad del libelo, ampliándolo, modificándolo o corrigiéndolo con base en lucubraciones sobre lo que quiso decir el casacionista. En estas condiciones estima que no es posible la prosperidad de la impugnación.

V. Consideraciones de la Corte

Causal Tercera

1. El casacionista presenta una nulidad con doble sustento:

Violación al debido proceso y mengua del derecho a la defensa. Lo primero, por ausencia de notificación del auto que le definió la situación jurídica al imputado; lo segundo porque con tal omisión se limitaron las opciones defensivas del procesado, que se vio imposibilitado de ejercer su defensa material, y el Ministerio Público de ejercitar la función de defensa de la sociedad.

En este caso no existe realmente una mezcla indebida de causales de nulidad como lo sostiene el Procurador, ya que ante la irregularidad denunciada se advierte que resulta imposible hacer una división tajante, porque bien sabemos que en muchas oportunidades la falta afecta simultáneamente ambas garantías. Precisamente, una de las características del debido proceso es el derecho a la defensa, por esa razón es evidente que al violarse este último se afecta el primero. Lo que sí puede presentarse de manera independiente, y de ahí la validez de la separación hecha por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal en los numerales segundo y tercero, es que se cometa una irregularidad que rompa la estructura formal del proceso sin afectar el derecho a la defensa, como podría ocurrir en un diligenciamiento viciado que haya terminado con sentencia absolutoria.

El debido proceso no puede entenderse únicamente como los pasos que la ley señala para llegar a la sentencia, sino también como los actos procesales y las determinaciones que el juez debe tomar para asegurar una pronta, recta y cumplida administración de justicia.

2. En lo que sí le asiste razón al Ministerio Público es en señalar que el demandante a lo largo del libelo no estableció, como era imperioso hacerlo, cuál fue la irregularidad sustancial que afectó la estructura básica de la actuación en detrimento del derecho de defensa, y cómo tal violación impidió el ejercicio de actividades tendientes a obtener decisiones favorables.

3. Lo primero que cabe destacar es que el censor parte de una base ajena a la realidad procesal, cuando afirma que la notificación por estado nunca se realizó.

Bastaba que hubiera observado el expediente con el cuidado que la actividad profesional exige, para que hubiera advertido que la notificación del auto de enero 8 de 1991 mediante el cual se decretó la detención preventiva del indagado Eliseo Reyes Bello se produjo exclusivamente mediante anotación en estado, inicialmente el 11 de enero de 1991 según constancia que obra a folio 106 del cuaderno original, y posteriormente con inclusión en el estado No. 006 de enero 14 del mismo año, tal como se ve en el folio 109 vuelto del citado cuaderno. En estas condiciones, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. P. entonces vigente, la notificación al Ministerio Público se cumplió conforme a la ley.

De otro lado, el actor no demuestra de qué manera pudo afectar a su poderdante la supuesta falta de notificación personal al Ministerio Público, y si lo que pretende es asumir la vocería de ese sujeto procesal para cuestionar la sentencia en su nombre, es evidente que para eso carece de personería.

4. Admitiendo que existió una falla en la notificación, la medida en que ésta debió efectuarse en forma personal al procesado por encontrarse para ese entonces privado de la libertad, necesario resulta hacer las siguientes precisiones que omitió tener en cuenta el censor en la demanda.

La Corte ha sido constante en sostener respecto a las nulidades que su declaratoria procede cuando el vicio es de tal magnitud, que desconoce el esquema del proceso, lo que significa que no cualquier informalidad puede ser objeto de esta máxima sanción procesal, pues ello haría verdaderamente inoperante la administración de justicia, ya que equivaldría a elevar a términos ideales la formalidad del trámite.

Así mismo ha sostenido esta Corporación que si el derecho de defensa no se ha vulnerado y la informalidad es tan simple que las garantías sustantivas y procesales permanecen incólumes, carece de sentido práctico declarar la invalidez total o parcial de un proceso para que se cumpla con un rito que en nada va a alterar el fondo de la actuación.

Es cierto que las notificaciones deben ser realizadas dentro de los parámetros legales previstos en el ordenamiento procesal, para cumplir con los efectos perseguidos en ellas. Su naturaleza jurídica es la de un acto de información por medio del cual los sujetos procesales adquieren conocimiento de algunos aspectos del ejercicio de la jurisdicción. Siendo ello así, debe concluirse que cuando se violen los preceptos normativos que las rigen, su infracción no puede mirarse aisladamente, sino en relación con los efectos que la omisión o irregularidad haya podido comunicar al posterior desenvolvimiento del proceso.

5. En el caso que nos ocupa, la irregularidad en la notificación del auto que resolvió la situación jurídica del procesado no afectó la estructura misma del proceso, ni privó al inculpado de su derecho fundamental a defenderse de las acusaciones que se hicieron en su contra, entre otras cosas, porque se impone concluir que se dio la previsión contenida en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal anterior -hoy artículo 191 del Código vigente-, que consagra la "Notificación por conducta concluyente".

Según este dispositivo "Cuando se hubiere omitido notificación, o se hubiere hecho en forma irregular a quien debió hacerse personalmente, se entenderá cumplida para todos los efectos, si la persona hubiera actuado en diligencia o trámite a que se refiere la decisión o interpuesto recurso contra ella".

La Corte, en pronunciamiento de marzo 18 de 1992, hizo algunas precisiones al respecto, que resulta importante recordar para descartar los argumentos del casacionista. Dice así:

"La intervención posterior, ligada a la notificación omitida, o, como es el caso de autos, irregularmente notificada, debe apreciarse conjuntamente para procesado y defensor, o sea que la intervención de uno puede estimarse como válida para el otro. Conviene anotar que el Código de Procedimiento Civil (art. 330) alude a 'parte'. En otras palabras, vale tanto a los efectos de una notificación por conducta concluyente, lo que al respecto haga el uno como el otro, entendiéndose la actuación de cada uno como realizada a nombre de los dos".

"También cabe señalar que no se trata de todo un conjunto de actuaciones, simultáneas o sucesivas, sino de la primera de ellas que se ejecute por cualquiera de los que pueden constituir una común o idéntica parte exigiéndose sí que tenga esa trascendencia de evidenciar el conocimiento de la providencia dictada, ligándose ésta a ese acto que traduce la conducta concluyente". (M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

A este respecto, atinada resulta la observación del Ministerio Público cuando señala que es evidente que el procesado estuvo enterado oportunamente de la decisión judicial tomada en su contra, no solamente a través de su defensor, quien hizo manifestación expresa de su conocimiento mediante la interposición de un recurso de reposición el día 9 de enero de 1991, sino también porque con posterioridad el Juzgado dictó auto de 31 de enero del mismo año en el cual repuso la providencia recurrida para ordenar que el incriminado cumpliera su detención preventiva en la Cárcel Distrital de Varones,

decisión que se notificó personalmente a Reyes Bello el 4 de febrero del mismo año, según consta en el sello impreso al folio 166 del cuaderno original.

Siendo evidente que el procesado y su defensor conocieron el contenido del proveído, no es posible pretender con afirmaciones contrarias a la realidad procesal que se invalide la actuación.

Cabe agregar que si la razón fundamental para que la falta de notificación genere nulidad es que de esa manera se les niega a las partes la posibilidad de interponer recursos, tratándose del auto de detención, cuya ejecutoria es formal, en cualquier momento puede solicitarse su revocatoria y contra la respuesta proceden los medios de impugnación ordinarios, de modo que, aun partiendo de la base de que realmente existía una falla en la notificación, es muy poco probable que se pueda demostrar una violación del derecho a la defensa.

Lo dicho es suficiente para declarar la improcedencia del cargo.

Causal primera de casación

Reiteradamente ha expresado la Corte que cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho radicado en falso juicio de existencia, para que pueda prosperar el cargo, el casacionista está en la obligación de demostrar que el fallador supuso una prueba inexistente, o que dejó de considerar una que legal y materialmente hace parte del proceso, así como la incidencia que el yerro invocado tiene en la decisión tomada por el sentenciador.

En la demanda el censor empieza afirmando que el juzgador profirió sentencia "violando indirectamente la ley sustancial por error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia" que generó la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, "al ignorar las ofensas que el hoy obligado y sus amigos" le produjeron a la esposa del procesado.

No obstante lo anterior, al entrar a desarrollar el cargo sostiene que el sentenciador "distorsionó" la prueba cuando explica el comportamiento de Eliseo Reyes Bello, derivado de los testimonios de Sara Parra Castro, Huny Noguera Gil, Javier Sandoval González, Lina Gladys Sotelo Villamil y Manuel Hernando Fontibón Zapata, los cuales transcribe en forma fragmentaria, para concluir que el fallador desconoció "el artículo 60 del Código Penal cuando la prueba se presenta nítida, clara y diáfana, inició su estudio pero distorsionó el contenido de la prueba", con lo cual traslada su inconformidad al error de hecho por falso juicio de identidad, faltando con ello a las exigencias de claridad y precisión, requisitos formales exigidos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuya preterm isión conduce a la desestimación del cargo.

En definitiva el censor no logra demostrar que el sentenciador haya incurrido en ninguna de las dos modalidades del error de hecho que plantea simultáneamente y en forma contradictoria, pues es evidente que si la prueba testimonial fue distorsionada, ello implica que fue tenida en cuenta, y en tales condiciones imposible resulta aducir que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Al desconocer el libelista la diferencia que existe entre el falso juicio de existencia y el falso juicio de identidad, optó por limitarse a hacer apreciaciones genéricas del estado

emotivo de la ira que en su criterio soportaba el procesado, sin lograr establecer en qué consistió el error del fallador y cuál su incidencia en el fallo censurado.

La afirmación genérica de que se violaron normas procesales tales como los artículos 246, 247, 249, 253, 254, 7º y 18 del Código de Procedimiento Penal, sin indicar dónde, en qué y cómo se dio la violación del juzgador en concreto, para rematar diciendo que la negación de este estado natural de perturbación resulta por los anteriores antecedentes inaceptable, "más todavía cuando se observa que el argumento central del sentenciador está contradicho y recogido en la sentencia censurada, lo cual evidencia por sí la horfandad (sic) probatoria y discursiva de esta criticada posición", sin que se tomara el trabajo de presentar los raciocinios, propios de esos conceptos, ni demostrar en dónde y en qué punto preciso de la actividad judicial se produjo el supuesto yerro, constituyen una abstracta argumentación que no señala a la Corte, ni menos prueba, que el sentenciador hubiera cometido errores que vulneraron la legalidad objetiva del fallo.

Pero lo fundamental es la imposibilidad de atender una demanda, por error de hecho en la apreciación probatoria, cuando lo que se pretende es imponer la conclusión subjetiva de los hechos a la del fallador. En efecto, dice el libelista que puede ser que para la esposa del procesado la agresión y provocación no fueran graves e injustas, pero como ella incita a su esposo para que salga en su defensa, para él se tornan graves e injustas.

En estas condiciones, le asiste razón al Ministerio Público cuando conceptúa que el censor desconoció las exigencias de técnica del recurso extraordinario de casación, lo que impide que la Corte penètre en el estudio de fondo del cargo, pues los principios rectores de este recurso no permiten que el Tribunal de Casación supla la idoneidad del libelo, ampliando, modificando o corrigiéndolo con base en lucubraciones sobre lo que quiso decir el demandante.

El cargo formulado 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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONFESION / IRA E INTENSO DOLOR

La confesión del hecho no puede entenderse como mero reconocimiento de una actuación material o física, máxime cuando el C. Penal ha desechado todo intento de responsabilidad objetiva, sino como un comportamiento tal, que permita establecer, así sea de manera atenuada (la grave e injusta provocación, el exceso en la legítima defensa), consecuencias punitivas. A estos fines ciertamente que la confesión cualificada, cuando ésta se centra en una causal de justificación, de obrar conforme a derecho, lejos de facilitar el conocimiento y valuación del punible, los aleja, dificulta, oscurece y hasta puede conducir a efectos distintos, fuera de que nada dice en cuanto a la sinceridad del compareciente. Nótese que algunos beneficios adjudicables a esta criticada posición del incriminado, como sería el que al menos se sabe quién ha realizado la acción o la omisión comportamentales, no se alcanzan cuando existe desde un principio o en el desenvolvimiento de la investigación una demostración a este mismo respecto, mediante otros medios probatorios (testimonios, pericia, indicios, etc.). Una diminuente como ésta no es para prodigarla a diestra y siniestra, porque no dejan de advertirse con liberiad tal ciertos contrasentidos, como destacar que la confesión está consagrada para fijar una nítida responsabilidad, así sea con efectos disminuidos, pero de esta connotación se aleja cuando se le adoba con una justificante, postura que busca y pretende inhibir las consecuencias de la ley penal. Una situación como ésta podrá traducir una manifestación defensiva del indagatoriado o del oído en versión previa, pero no será, en su cabal sentido, un reconocimiento de responsabilidad, como confesión./ Es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas identidad conceptual y jurídica. /No se necesita de estudios profundos sobre la condición humana para saber que el súbito e injusto desconocimiento de un derecho de esta índole (clausura de servidumbre), máxime cuando al afectado se le veda cumplir el paso hacia el lugar donde debía laborar, constituye una provocación injusta y grave. Y más acrecce lo uno y lo otro cuando el físico certamiento se acompasa de tratamiento verbal intolerable. Es natural y guardan una evidente relación causal estas circunstancias con el descontrol anímico así vejado y se explica, en ese ámbito de la atenuación, su reacción de hecho que en cuanto a la justificación tiene que seguirse mirando como desmedida, innecesaria e injusta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación número 8258.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 104 Nov. 10/93

Santafé de Bogotá, D. C., 17 noviembre de 1993.

Vistos

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de tres de noviembre de mil novecientos noventa y dos, proferida por el Distrito Judicial de Cundinamarca y mediante la cual, al revocar la absolución impartida por la primera instancia (Juzgado Penal del Circuito de Pacho), impuso a Luis Fernando Alvarez Guzmán, por el delito de homicidio, diez (10) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y, por concepto de perjuicios, la obligación de pagar la cantidad de doscientos gramos de oro, por daños materiales, y trescientos gramos de oro, por daños morales.

El recurso se admitió en auto de siete de diciembre del citado año y la demanda en proveído de veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Hechos

El 20 de noviembre de 1991, aproximadamente a las 7:30 de la mañana, en el sitio denominado Los Naranjos, jurisdicción de la inspección de El Remanso, concretamente en la finca El Roble del municipio de San Cayetano, Luis Humberto Alvarez, junto con otras personas, y como era su costumbre, intentaba llegar a su trabajo cuando observó que el camino no sólo estaba obstruido por postes colocados a escasa distancia y cuerdas de alambre, sino por la beligerante actitud de Miguel Arturo Castro, en asocio de su compañera María E. Gómez, que impedía la utilización de esta servidumbre de tránsito. La situación, por insultos proferidos por Castro, no encontró pacífica solución y Alvarez, sin necesidad, utilizó el arma de fuego que portaba, dando muerte a quien se oponía de malas maneras a su paso.

Actuación Procedimental

Estos apartes, al respecto, pertenecen al Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"El mencionado despacho (Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano) escuchó en diligencia de indagatoria al acusado Luis Humberto Alvarez Guzmán y decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra por el delito de homicidio, en providencia del 26 de noviembre de 1991.

Allegados otros elementos de juicio, entre ellos las declaraciones de Ana de Dios Castro López, Luz Cecilia Farfán Fuentes, Marco Aurelio Alvarez Guzmán, Ob Julio Ballén y Samuel Farfán Puentes, la investigación se cerró con auto del 18 de febrero de 1992 y el mérito del sumario se calificó mediante proveído del 16 de marzo del mismo año con resolución acusatoria contra el procesado por el delito de homicidio en la persona de Miguel Arturo Castro.

Luego, las diligencias fueron enviadas al Juzgado Unico Superior de Zipaquirá, al que le correspondió tramitar la etapa del juicio.

Al entrar en vigencia el Decreto 2700 de 1991 se remitió el diligenciamiento al Juzgado Penal del Circuito de Pacho (Cundinamarca), donde se celebró en debida forma pública y se profirió la sentencia de primera instancia cuyo resultado principal ya fue reseñado.

Consultado el fallo, al decidirse el mismo se concluyó con la revocatoria de la absolución, en sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario.

La Demanda

Primera censura. Quebranto indirecto del artículo 299 del C. de P. P., por falta de aplicación del artículo 61 del C. Penal, pues no se tuvo en cuenta, al dosificar la pena, la confesión del procesado, así ésta se adicionara con la invocación de una legítima defensa, pues la ley sólo exige que el fenómeno de la confesión se realice en la primera versión que rinda el incriminado.

Consideraciones de la Delegada y de la Sala

Estima aquélla que la vía escogida para formular no fue la indicada,puesto que el Tribunal, lejos de omitir la apreciación de esta probanza, la tuvo en cuenta aunque dándole un efecto distinto del que pretende el demandante, al silenciar su referencia como incidente en el aspecto punitivo, lo que recomendaba entonces un ataque como violación directa de la ley. Pero lo que permite analizar el cargo es que el recurrente, al desarrollar la objeción, lo hace dentro de esta última alternativa.

Para el Ministerio Público lo único que excluye la atenuante del artículo 299 es la flagrancia, no así el que se aludiera a una justificación de la conducta. Y, para desechar la diminuente, advierte que la flagrancia revela dos caras; una, la flagrancia con captura -art. 371 C. de P. P.- y la otra, la flagrancia sin captura -art. 370 *ibidem*-.

De ahí, entonces, que la detracción de pena cuestionada se exhiba como improcedente. "pues si bien Alvarez Guzmán confesó en su oportunidad ser autor del disparo que le costó la vida a su contrincante, no menos cierto es que al momento de los hechos varias personas (entre ellas algunas cuyos testimonios recuerda el libelista) percibieron la acción homicida del implicado, lo pudieron individualizar e identificar y solamente circunstancias que no fueron materia de investigación impidieron que le dieran captura en el momento mismo de cometer el hecho, todo lo cual impone la conclusión de que el acusado fue sorprendido en estado de flagrancia y que, por consiguiente, inaceptable resulta la aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal en este asunto, concluyéndose en la inexistencia de yerro alguno por parte del Tribunal sentenciador, en este punto". Y, agrega: "Mal puede confundirse, como al parecer lo hace el libelista, la situación de flagrancia con la captura en tal estado, pues ésta hace alusión a la facultad que la propia Constitución Política entrega a los particulares o a las autoridades del Estado para aprehender al autor de un hecho punible (artículo 32), en tanto que aquélla se refiere al sorprendimiento que se haga de un delincuente en el momento de cometer el hecho, esto es, cuando se presentan los requisitos de actualidad e individualización, como lo ha precisado la Corte en pasadas oportunidades".

La Sala se aparta de este doble criterio y, por contrario modo, sostiene la inaceptabilidad de la diminuente por no poderse estimar la manifestación del procesado como una verdadera y eficiente confesión, al menos dentro de los derroteros atendibles de la institución probatoria.

La confesión del hecho no puede entenderse como mero reconocimiento de una actuación material o física, máxime cuando el C. Penal ha desechado todo intento de responsabilidad objetiva, sino como un comportamiento tal que permita, establecer, así sea de manera atenuada (la grave e injusta provocación, el exceso en la legítima defensa), consecuencias punitivas. A estos fines ciertamente que la confesión calificada, cuando ésta se centra en una causal de justificación, de obrar conforme a derecho, lejos de facilitar el conocimiento y valuación del punible, los aleja, dificulta, oscurece y hasta puede conducir a efectos distintos, fuera de que nada dice en cuanto a la sinceridad del compareciente. Nótese que algunos beneficios adjudicables a esta criticada posición del incriminado, como sería el que al menos se sabe quién ha realizado la acción o la omisión comportamentales, no se alcanzan cuando existe desde un principio o en el desenvolvimiento de la investigación una demostración a este mismo respecto, mediante otros medios probatorios (testimonios, pericia, indicios, etc.). Una diminuente como ésta no es para prodigarla a diestra y siniestra, porque no dejan de advertirse con libertad tal ciertos contrasentidos, como destacar que la confesión está consagrada para fijar una nítida responsabilidad, así sea con efectos disminuidos, pero de esta connotación se aleja cuando se la adoba con una justificante, postura que busca y pretende inhibir las consecuencias de la ley penal. Una situación como ésta podrá traducir una manifestación defensiva del indagatoriado o del ofício en versión previa; pero no será, en su cabal sentido, un reconocimiento de responsabilidad, como confesión.

Sobre este mismo particular la Corte ha enseñado: ".. no sobra prevenir que el reconocimiento de la diminuente por confesión establecida como instrumento de política criminal en favor del procesado que presta a la administración de justicia una colaboración que economiza esfuerzos en la demostración de la responsabilidad exige que desde su primera versión el imputado muestre su arrepentimiento, acepte su responsabilidad y facilite sin ambigüedades ni fraude la reconstrucción de la verdad real de lo ocurrido, situación notoriamente ajena a la actuación procesal de..." . M. P. Juan Manuel Torres Fresneda. Junio 3/93.

"...Es cierto -como se predica en el pedimento- que en el anterior estatuto no bastaba que el acusado durante su primera versión aceptara los hechos imputados e informara sobre sus pormenores. Además sus palabras debían ser fundamento de la sentencia, entendiéndose a la hora de ahora que ésta era una reiteración innecesaria, pues es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas identidad conceptual y jurídica. En el nuevo compendio -se reitera- esta última exigencia desapareció siendo suficiente que el actor admita el suceso criminoso para ser favorecido con la aminorante. Sin embargo, es de entender que se trata de la confesión simple y no de la calificada, pues lo que premia el Estado es la contribución que se haga para el esclarecimiento del suceso prohibido y no una simple maniobra del interesado que busca su

desfiguración, aceptando en parte -pero siempre a su favor la conducta endilgada. Con esta actitud el panorama procesal se ve entorpecido, debiendo realizar los falladores un mayor esfuerzo para decantar las versiones...". M. P.: Jorge Enrique Valencia M. Junio 28/93.

En cuanto al punto relacionado con la flagrancia, la mayoría de la Sala ha dicho reiteradamente (Casación No. 7142 M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda. Septiembre 9/93) lo que a continuación se transcribe:

"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 distinción 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, escondiendo, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sustienen, 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 cuanto 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 atuviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería éste un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendidos. 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 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 o 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 de 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 26 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 permitir la captura del delincuente, aun 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 incriminado en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al delincuente 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 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.)'.

"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 aplicables 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 lo 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 arrestarlo y conducirlo 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 *infraganti* 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 jurídico-nacionales 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 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 éste, por elementos reales incontrovertibles que lo 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 expresamente 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 cuasiflagrancia -verbigracia, la persecución inmediata del delincuente, después del hecho; encontrarlo en posesión de cosas, cerca del lugar del hecho; que hagan presumir fundadamente que intervino en su perpetración'-. (Pág 299. Tomo VI. E. Bibliografía 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 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 demás 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 apariencia, 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 resaltó 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 (resaltados 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 7º) 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, sino 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* ', a 'un fenómeno de aprehensamiento, 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 captura al delincuente sin previa orden judicial escrita (artículo 394 de antes y 371 de ahora), sino además para introducir en aquella compilación el procedimiento abreviado si a la flagrancia se sumaba 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 y 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 cuasiflagrancia, 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 le 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 del 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 sólo 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 344), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así 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 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.

"Otras disposiciones, ya se ha dicho, ratifican todavía más 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 favorecerlo, 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".

El cargo no prospera.

Segunda censura. Como violación indirecta de la ley, por tergiversación de algunos elementos probatorios, se afirma el abandono del artículo 60 del C. Penal como incidente en la determinación de la pena.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

A ese respecto el Ministerio Público comenta: "La primera observación que cabe hacer a la demanda en este punto y que revela su incapacidad técnica para remover el fallo censurado es que el libelista si bien recuerda los contenidos de las pruebas respecto de las cuales hace la denuncia, deja en este plano sus planteamientos, pues no determina en qué consistió la equivocada apreciación del fallador ni confronta en forma alguna los contenidos testimoniales que transcribe con las conclusiones de la sentencia, por manera que no puede destacar distorsión probatoria alguna.

"Más contrario a las pretensiones de la demanda que la falencia técnica señalada, es el hecho que los aspectos que considera el demandante que fueron probados por los medios respecto de los cuales denuncia los yerros, son justamente los aceptados por el Tribunal en su sentencia. En efecto, cuando el sentenciador se ocupó del análisis de la situación probatoria, consignó textualmente:

"La otra versión es la que suministra el procesado Luis Humberto Alvarez (fls.13 y 95), manifestando que disparó porque Miguel Castro, quien se opuso en forma soez y vulgar a que pasaran por el camino que desde muchos años atrás era utilizado por ellos como servidumbre de tránsito, se le abalanzó con un machete, no quedándole otra alternativa que disparar la escopeta que llevaba consigo para evitar ser agredido, versión que pretende ser corroborada por Luz Cecilia Farfán (fl. 44), Marco Aurelio Alvarez (fl. 46) y Samuel Farfán (fl. 65), personas que indican cómo Luis Humberto disparó la escopeta de fisto que portaba porque Miguel Arturo Castro, cuando Luis Humberto intentó pasar por encima de la cerca que taponaba el camino, se le mandó con una peinilla, lo que dio lugar a que Alvarez retrocediera un poco y de inmediato hiciera fuego".

Y continúa la Delegada:

"Como se ve, ninguna negación del Tribunal se encuentra respecto de los hechos mismos que dieron origen a la controversia. Se acepta la existencia de la servidumbre de tránsito, la obstrucción del camino correspondiente, la gresca que con tal motivo se formó y el desenlace final. La exposición posterior de la sentencia así lo confirma, pues ninguno

de estos elementos es desconocido por el juzgador, quien simplemente rechaza a continuación la existencia de una agresión inminente que tuviera que repelar al acusado.

"Vale decir lo anterior que el pretendido error de hecho no se encuentra presente en el fallo. Al igual que el demandante, el Tribunal consideró probado 'que existió o existía una servidumbre de tránsito por el lugar; que esa servidumbre ese día la encontraron obstruida Humberto Alvarez y sus acompañantes; allí ellos encontraron a Miguel Castro y a su concubina María Elena Gómez; que no sólo los estorbaron con cerca esa servidumbre sino también y en el acto verbalmente y con insultos'. La única discordancia que puede hallarse entre la sentencia y lo ahora alegado por el defensor es en la consecuencia misma del enfrentamiento en el ánimo del procesado, pues si durante las instancias se alegó que tales condiciones determinaron un error en cuanto a la pretendida agresión, ahora se pretende que esas mismas circunstancias generaron un estado de perturbación emocional.

"Falta aquí el demandante. Con la transcripción de algunas porciones de testimonios y de la injurada del indiciado, pretende demostrar que efectivamente Alvarez Guzmán padeció un estado de ira incontrolable, que determinó su accionar delictivo; mas no penetra siquiera en el análisis probatorio para buscar sustento a su aseveración, y si bien los apartes copiados de las pruebas revelan la existencia de un enfrentamiento entre sindicado y occiso, tales narraciones no revelan en modo alguno la perturbación de ánimo padecida por aquél que autorice la aplicación de la diminuente punitiva reclamada.

"Es verdad que el Tribunal para nada se ocupó de analizar la existencia de los condicionantes del artículo 60 del Código Penal y que en tal forma se puede predicar la exclusión evidente del precepto en la sentencia. Ello por sí mismo autoriza, sin embargo, a la ruptura del fallo, pues competía al demandante demostrar que evidentemente las pruebas recaudadas eran fundamento suficiente para entender demostrado el supuesto condicionante de la norma sustancial mencionada. No procedió así el libelista, quien se atuvo a la simple alusión a algunas circunstancias fácticas, y como no podía (porque las pruebas no lo revelan así) acreditar la perturbación de ánimo, se limitó a denunciar el pretendido vicio sin demostración alguna".

Con las anteriores anotaciones, sobre todo las del último párrafo, cuando se dice que el Tribunal "para nada se ocupó de analizar la existencia de los condicionamientos del artículo 60 del Código Penal", fácilmente se comprendería la procedencia del cargo.

Pero es más, el demandante cita la indagatoria de Luis H. Alvarez -fl. 13- y los testimonios de Luz Cecilia y Samuel Farfán -fls. 44 y 65- y Marco A. Alvarez -f. 46- para establecer que el procesado se dirigía al trabajo y fue obstaculizado e impedido por Castro y su compañera de vida, María Elena Gómez, y ultrajado en grado sumo (el mortal hijo de puta). Y también hace referencia a Humberto Parales -fl. 130- para destacar la legitimidad del paso que intentó Alvarez y sus compañeros de tránsito. Esto, para el casacionista, establece en forma nítida la grave e injusta provocación y el consiguiente estado de ira del sentenciado.

Pero el Tribunal, al referirse a las manifestaciones de Alvarez y los testimonios de los Farfán y Marco A. Alvarez, los enfatiza o interpreta bien en cuanto a desechar la justificante o las inculpabilidades alegadas (art. 40-3 y 4 del C. Penal), pero los deteriora en cuanto al hostigamiento de que fuera objeto el sentenciado, propio a la comentada

diminuente, al punto que cuando se hace referencia a sus versiones sobre el particular, más parece que esto fuera un decir de los exponentes, sin mayor resonancia. Y la situación procesal es bien distinta, pues es tan impresionante su característica, que a este particular no cabe vacilación ni negativa.

Entonces, cuando se establece la existencia válida de la servidumbre, se demuestra su cerramiento (postes y alambre de púas), se insulta con palabras que, usualmente, desencadenan una reacción de fuerza, ciertamente se está formalizando lo desatendido por el Tribunal, mediante la distorsión de la prueba, puesto que la entidad de la misma se tomó como que no establecía lo que ahora el demandante conforma como punto esencial de su pretensión. Por eso la viabilidad de la censura que comenta la Sala y sobre la cual, dígase de una vez, está bien fundada, expuesta y debe prosperar.

Tiene que reconocerse, y valga la reiteración del punto, que había una servidumbre de tránsito, pacífica y constantemente utilizada, la misma que Castro, inopinadamente y por medios violentos (dejó de lado la intervención policiva) trató de clausurar repentinamente. No se necesita de estudios profundos sobre la condición humana para saber que el súbito e injusto desconocimiento de un derecho de esta índole, máxime cuando al afectado se le veda cumplir el paso hacia el lugar en donde debía laborar ese día, constituye una provocación injusta y grave. Y más acrece lo uno y lo otro cuando el físico cerramiento se acompasa de tratamiento verbal intolerable. Es natural y guarda una evidente relación causal estas circunstancias con el descontrol anímico del así vejado y se explica, en este ámbito de la atenuación, su reacción de hecho que en cuanto a la justificación tiene que seguirse mirando como desmedida, innecesaria e injusta.

Esta valoración, así de sencilla, constituye en verdad del proceso la diminuente del artículo 60 del C. Penal, desatendida por el Tribunal por razón ya explicada por la censura formulada por el casacionista.

El cargo prospera y de acuerdo con el mismo se dictará fallo de sustitución.

El Tribunal no encontró factores para sobrepasar el mínimo de la sanción privativa de la libertad fijada por el artículo 323 del C. Penal (diez años de prisión). Así se mantendrá.

Esto quiere decir que por la incidencia del artículo 60 citado (la pena no será, en cuanto al mínimo, menor de la tercera parte), que la privación de la libertad se fija en cuarenta (40) meses de prisión y en otro tanto la interdicción de derechos y funciones públicas; los perjuicios, los materiales, se tasan en sesenta y siete (67) gramos oro, y, los morales, en cien (100) gramos oro.

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

RESUELVE:

Casar parcialmente el fallo objeto de impugnación extraordinaria de casación y en su lugar condenar a Luis Alberto Alvarez Guzmán, por el delito de homicidio en Miguel Arturo Castro, a cuarenta (40) meses de prisión, y por igual término sufrirá la interdicción de derechos y funciones públicas. Por concepto de perjuicios, en cuanto a los materiales, pagará sesenta (60) gramos oro, y respecto de los morales, solucionará cien (100) gramos oro.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

INIMPUTABILIDAD / INCULPABILIDAD / DOLO / CULPA / NULIDAD

En nuestro sistema penal la embriaguez no constituye de suyo causal de inimputabilidad o inculpabilidad, a menos que haya dado lugar a trastorno mental de tal magnitud que impida a la persona que actúa bajo sus efectos comprender la ilicitud de su comportamiento. / Ni aún en el supuesto de que se hubiese calificado como doloso un homicidio que debía ubicarse dentro del campo de la culpabilidad tal circunstancia no llevaría a la nulidad de la actuación, pues la denominación jurídica de la infracción que podría invalidar un proceso se refiere a un error en relación con la calificación genérica del delito, como si se considerara como peculado aquello que es tan sólo un abuso de confianza, o como aborto un comportamiento que en su realidad jurídica constituye un delito de homicidio. / Pero las circunstancias punitivas de atenuación, o aquellas que desplazan la especie delictiva hacia otra cobijada por la misma denominación jurídica, mientras no agraven la situación del procesado ante la ley penal, no pueden invalidar la actuación porque no existe traumatismo estructural ya que se conserva en *nomen juris* de la infracción y en modo alguno se lesiona el derecho de defensa. En estas condiciones la modificación de la especie dentro del género del delito, sin modificar la denominación jurídica de la infracción, no constituye la hipótesis de nulidad y tan sólo podría configurar una incongruencia relativa entre la resolución de acusación y la sentencia, que de modo alguno afecta los intereses de la justicia ni los derechos del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8150.

Magistrado Ponente : Dr. *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 106.

Santafé de Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 1993.

Vistos

Corresponde a la Corte decidir la impugnación extraordinaria, interpuesta por el defensor del procesado Fredy Castillo Garavito, contra la sentencia del 10 de agosto de

1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por la cual se confirmó sin modificaciones la del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, que condenó al procesado a la pena principal de diez años de prisión y las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio en Eduardo Fernando López Márquez.

Episodio Procesal

Los hechos que dieron origen a la investigación vienen narrados con acierto en el siguiente aparte de la sentencia recurrida:

"...Del relato correspondiente, se logró establecer que la víctima, en compañía de su amigo Leonardo Rodríguez Vásquez, se dirigieron en las primeras horas del día 8 de septiembre del año inmediatamente anterior, encontrándose bajo los efectos etílicos, al establecimiento público denominado Billar Píter, ubicado en la carrera 44 No. 16-11 sur, interior 9, del barrio Ciudad Montes de esta capital. En dicho lugar, se dice, se hallaban en ameno intercambio Pedro Antonio Correa Ayala, Julio Eduardo Lamprea y el hoy acusado Castillo Garavito. Se afirma que los nuevos clientes solicitaron a Correa Ayala les permitiera escuchar música, a fin de poder terminar de ingerir el licor que portaban, a lo cual se negó aquél, aduciendo que era tarde y debía retirarse a descansar, negativa a la cual respondieron con insistencia para que accediera al servicio solicitado. Se dice que el implicado Castillo salió en apoyo de Correa y procedió a desenfundar un arma de fuego y disparó por cinco veces sobre López Márquez, produciéndole, casi instantáneamente, la muerte".

La Demanda de Casación

El recurrente, después de efectuar en su demanda un recuento de la actuación procesal y poner de presente los fundamentos de la sentencia, formula contra ésta dos cargos: el primero al amparo de la causal primera de casación, por error en la apreciación de la prueba, y el segundo, por nulidad, afirmando que la sentencia se profirió en un proceso viciado de nulidad.

En la fundamentación del primer cargo argumenta el recurrente que no se otorgó por el juzgador plena credibilidad al testimonio de Pedro A. Correa Ayala, razón por la cual no se aceptó en la sentencia la justificación del hecho aducida por el procesado.

Sostiene que igualmente se incurrió en error por el fallador al otorgar plena credibilidad a los testimonios de Leonardo Rodríguez Vásquez y Julio Lamprea cuando no la merecían, debido a que el primero de los declarantes era amigo de la víctima y el segundo acompañante circunstancial del procesado y del administrador de los billares y quienes incurren en inconsistencias y contradicciones que les restan credibilidad. Concluye el demandante este cargo solicitando a la Corte casar la sentencia estimativa de sustitución, absolviendo al procesado.

En un segundo cargo y al amparo de la causal tercera de casación y que el demandante formula por separado, y de manera subsidiaria, considera el actor que la sentencia se profirió en un proceso viciado de nulidad.

Afirma el recurrente que el sentenciado Fredy Castillo Garavito se encontraba en estado de embriaguez en el momento de realizar su comportamiento ilícito. Que no

obstante que en el proceso quedó descartada la existencia de un posible trastorno mental, el caso juzgado encuadra "...dentro de un típico ejemplo de embriaguez que presupone, como es lógico, una acción previsible para el ser humano, la comisión de un hecho criminoso, justo por tener un arma de fuego, razón por la cual no podía hablarse de dolo sino meramente de culpa. Por ello, el comportamiento de Castillo Garavito fue negligente, imprudente y violatorio a las normas sobre el porte legal de armas, por lo que al ser previsible su conducta, su actuar criminoso debe castigársele a título culposo, mas no doloso.

Sobre esta premisa, argumenta el casacionista, que "...la calificación errada de un homicidio en doloso cuando es culposo en verdad origina la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y además ello incide en una flagrante violación al derecho de defensa, por lo cual se incursió en las causales de casación de tipo legal que apareja el artículo 304 del C. de P. P.

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte negar la prosperidad de la demanda.

Inicia su concepto poniendo de presente los errores de técnica y de lógica en que incurre el casacionista. Refiriéndose al primer cargo, expresa la Delegada que éste es confuso e impreciso, pues si bien se formula al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación probatoria, no precisa el actor, si se trata de errores de hecho o de derecho y que en definitiva se limita a expresar su desacuerdo con la valoración que diera el Tribunal a las versiones de los testigos presenciales, anteponiendo su personal criterio, pues pretende que el juzgador ha debido creer en determinados declarantes y por el contrario desechar por entero el dicho de los testigos de cargo, considera que en estas condiciones el cargo no puede prosperar.

Refiriéndose al segundo reproche, considera la Delegada que la nulidad planteada no está llamada a prosperar porque el impugnante no señala en forma clara y menos demuestra la clase de nulidad invocada, "...que si bien se refiere a la violación del derecho de defensa, no indica en qué consiste tal transgresión y de qué manera ésta incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en el fallo en contra del procesado. Así mismo, al afirmar que se violó el debido proceso, no precisa la existencia de irregularidad sustancial que pudiera haber afectado la estructura propia del proceso...", concluye afirmando que en consecuencia la demanda no puede prosperar.

Consideraciones de la Corte

Ha de iniciarse el estudio de la demanda por la causal tercera de nulidad, que en el supuesto de que llegase a prosperar haría innecesario por sustracción de materia que la Sala se ocupara de los reproches formulados al amparo de la causal primera.

Pues bien: en síntesis, el casacionista asume como causal de nulidad un pretendido error en la calificación jurídica de la infracción, pues habiéndose consumado el homicidio cuando el procesado se hallaba en estado de embriaguez, no podía calificarse el delito como doloso, sino como un acto culposo donde el agente de manera imprudente accionó un arma ocasionando la muerte de un semejante.

La simple enunciación del cargo demuestra su inoperancia. Para el actor el solo hecho de que el procesado se hallara en estado de alicoramiento cuando realizó el hecho criminoso es suficiente para que el fuzgador desconozca la intención homicida y deba considerar el acto ilícito como realizado dentro del campo de la culpa, olvidando que en nuestro sistema penal la embriaguez no configura de suyo causal de inimputabilidad o inculpabilidad, a menos que haya dado lugar a trastorno mental de tal magnitud que impida a la persona que actúa bajo sus efectos comprender la ilicitud de su comportamiento.

Y en el caso en examen, nada demuestra el recurrente, quien se limita a expresar sencillas conjeturas, a hacer suposiciones para concluir que el agente por su embriaguez no tuvo la representación de su actuar doloso y que simplemente realizó su conducta de manera imprudente, afirmación que hace sin apoyo alguno en los medios de prueba y contrariando de manera evidente la realidad procesal.

Para que un cargo, como el aquí formulado, pudiera prosperar, sería necesario que el actor demostrara en forma clara y precisa que los diversos elementos de convicción allegados al proceso ponían en evidencia los hechos en que haya de cimentarse la modificación al grado de culpabilidad, cometido que, como ya se dejó dicho, no cumple el casacionista en el desarrollo de su demanda y todo demuestra que el Tribunal del examen de las pruebas practicadas y debidamente controvertidas, llegó con acierto al convencimiento de que Fredy Castillo, no obstante su estado de embriaguez, actuó con plena conciencia de sus actos y en una conducta deliberadamente encaminada a dar muerte a su ocasional enemigo, posición jurídica que permanece incólume y que de modo alguno se desvirtúa con los cargos formulados en la demanda.

Por otro aspecto, ni aún en el supuesto de que se hubiese calificado como doloso un homicidio que debía ubicarse dentro del campo de la culpabilidad (caso que, como ya se vió, no corresponde al aquí analizado) tal circunstancia no llevaría a la nulidad de la actuación, pues la denominación jurídica de la infracción que podría invalidar un proceso se refiere a un error en relación con la calificación genérica del delito, como si se considerara como peculado aquello que es tan sólo un abuso de confianza, o como aborto un comportamiento que en su realidad jurídica constituye un delito de homicidio.

Pero las circunstancias punitivas de atenuación, o aquellas que desplazan la especie delictiva hacia otra cobijada por la misma denominación jurídica, mientras no agraven la situación del procesado ante la ley penal, no pueden invalidar la actuación porque no existe traumatismo estructural, ya que se conserva el *nomen juris* de la infracción y en modo alguno se lesiona el derecho de defensa. En estas condiciones, la modificación de la especie dentro del género del delito, sin modificar la denominación jurídica de la infracción no constituye la hipótesis de nulidad alegada y tan sólo podría configurar una incongruencia relativa entre la resolución de acusación y la sentencia, que de modo alguno afecta los intereses de la justicia ni los derechos del procesado.

No prospera el cargo.

Cargo segundo

Sin precisar, si se trata de posibles errores de hecho o de derecho, el demandante acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por indebida apreciación de

la prueba. En la fundamentación del cargo, expresa el actor que el Tribunal no le otorgó plena credibilidad a la versión juramentada de Pedro A. Correa Ayala y que, por el contrario, aceptó como veraces los testimonios de Leonardo Rodríguez Vásquez y Julio Lamprea, ocasionales compañeros de la víctima y quienes entran en contradicciones que demeritan su dicho.

La violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho recae sobre la realidad tangible, sobre la existencia de la prueba que el juzgador omite, supone o distorsiona. Incurre en dicho error el sentenciador que no estima una prueba legalmente aportada al proceso, o da por establecidos aspectos fácticos sin respaldo probatorio o distorsiona el alcance y sentido de los medios de prueba.

Pero no es éste el caso que se presenta en la sentencia recurrida, pues es el mismo demandante quien se encarga de afirmar que el Tribunal sí apreció los testimonios a que se refiere en su demanda y su inconformidad radica únicamente en que les restó o les otorgó una credibilidad que no merecían. Ha de concluirse entonces que plantea un error de derecho por indebida apreciación del valor de convicción de la prueba testimonial que sirvió de fundamento a la sentencia, reproche a todas luces improcedente porque en presencia de esta clase de pruebas es al juez a quien le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, y entre otros factores las condiciones personales y sociales del testigo, las circunstancias en que percibió el hecho y aquellas en que rinde la declaración, sin que al criterio del juzgador se pueda oponer el muy personal del recurrente, sin demostrar el error ostensible y manifiesto del Tribunal.

Sólo pretende el actor que prevalezca su propia evaluación frente al criterio del juzgador, firmemente apoyado éste en un estudio amplio y acertado de los diferentes elementos de convicción aportados al proceso. Y bien sabido es, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, que sobre esa disparidad conceptual no se puede sustentar con eficacia el error de derecho manifiesto, porque en el estatuto procesal vigente ninguna prueba está sometida a tarifa legal y el juez disfruta de prudente arbitrio y ejerce una función predominantemente autónoma en la valoración probatoria atemperada por las reglas de la sana crítica, el buen juicio y la experiencia, y su decisión está precedida de la doble presunción de acierto y legalidad. El cargo formulado no tiene entonces vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del 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 por el defensor del procesado Fredy Castillo Garavito, de fecha, origen y naturaleza ampliamente consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / CASACION OFICIOSA

Cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial no es procedente cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia, ni la apreciación de las pruebas. Esto equivale a decir que el demandante acepta ambos aspectos del fallo, y se ocupa de impugnar únicamente la selección o la interpretación de las normas. Al plantear el reproche al amparo de la violación directa de la ley y desarrollar la argumentación como si se tratara de la violación indirecta, provoca la dilogía correspondiente, impidiéndole a la Corte dar una respuesta de fondo, puesto que para hacerlo tendría que entrar a corregir y complementar la demanda sobrepasando el ámbito de las posibilidades que le están permitidas, para adentrarse en otras que le están vedadas por el principio de limitación que rige el recurso extraordinario. / No se puede decir sin incurrir en un error garrafal que un mismo precepto ha sido violado simultáneamente por la vía directa y la indirecta, ya que los dos cuerpos son excluyentes en la medida en que el primero implica la aceptación de la base fáctica y probatoria, en tanto que el segundo significa su rechazo. / Tampoco es posible acusar simultáneamente por varios motivos del cuerpo primero una misma norma. A la interpretación errónea de la ley sustancial es imposible arribar por la vía indirecta, por cuanto la falla del sentenciador recae sobre el texto de la ley en su comprensión conceptual al margen de cualquier problema probatorio. / El error en la calificación del hecho punible no es posible demandarlo por la causal primera, ya que la sentencia de sustitución, en el evento de que prospere el cargo, sería incongruente con la resolución de acusación, quebrantando así la estructura conceptual del proceso. / Es verdad que la causal tercera de casación puede declararse de oficio pero eso supone que el error del sentenciador sea ostensible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7749.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 106.

Santafé de Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados Holmes y Hélder Alzate Cardona, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad en cuanto a la pena de diecinueve (19) años de prisión para el primero de los citados como autor responsable de los punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, y nueve (9) años de prisión para el segundo como cómplice de delito de homicidio.

I. Hechos

El Procurador Delegado los resumió así:

"Ocurrieron cerca de las seis de la tarde del día viernes 15 de febrero de 1991, cuando se encontraba jugando dominó Reinaldo Melo Rojas en compañía de tres menores, frente a la residencia de la señora Casimira Rojas Vargas del barrio Emayá de la ciudad de Neiva. A la hora antes citada, se aproximó Holmes Alzate Cardona provisto de arma de fuego, y sin mediar palabra alguna disparó en tres oportunidades contra Melo Rojas causándole lesiones que determinaron su muerte minutos después de haber sido trasladado a un centro asistencial. Holmes Alzate Cardona emprendió la huida uniéndose a él su hermano Hélder Alzate Cardona, quien lo esperaba en la esquina siguiente, fueron capturados posteriormente por las autoridades, cuando se dirigían en un bus urbano que cubría la ruta Neiva-Cali, encontrándoseles el revólver marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, y una fotografía a color tamaño postal perteneciente al occiso".

II. Actuación Procesal

Adelantó la investigación el Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal, despacho que luego de oír en indagatoria a los hermanos Alzate Cardona les resolvió la situación jurídica decretando detención preventiva en su contra.

El Juez instructor negó la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta a Héloer Alzate, y el Tribunal por vía de apelación resuelve confirmar el auto impugnado, con la modificación de que la detención preventiva procede por complicidad en el homicidio agravado.

Cerrada la investigación calificó el mérito del sumario el 12 de junio de 1991, profiriendo resolución de acusación contra los procesados Holmes y Hélder Alzate Cardona, como responsables del delito de homicidio agravado en calidad de autor material y cómplice respectivamente.

El Tribunal Superior de Neiva confirmó el auto calificatorio recurrido, con la adición de que la resolución acusatoria contra Holmes Alzate Cardona se formula también por porte ilegal de armas.

La tramitación de la etapa del juicio correspondió por reparto al Juzgado Primero Superior de Neiva, y luego de recaudar algunas pruebas y realizar la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria contra los procesados, a quienes además les impuso como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al

de las penas principales, condenó a la indemnización de perjuicios morales y materiales derivados del ilícito y les negó la condena de ejecución condicional.

El Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto por los procesados y sus defensores, contra la sentencia condenatoria, la confirmó, modificándola en el sentido de reducir la pena accesoria impuesta a Holmes Alzate Cardona a diez (10) años y aclarando que el decomiso del arma hace parte de la pena principal impuesta por la comisión del delito que tipifica y sanciona el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

III. Las Demandas

1. *Demanda a nombre de Holmes Alzate Cardona*

El demandante al amparo de la causal primera de casación presenta dos cargos por violación directa de la ley sustancial, el primero por interpretación errónea del artículo 324 numerales 4º y 7º del C. P., y el segundo, porque no se aplicó el artículo 301 del C. de P. P.

a) *Primer Cargo.* Ataca la sentencia diciendo que se incurrió en errónea interpretación de la ley, al aplicar el artículo 324 numerales 4º y 7º del C. P., y por lo tanto se agravó la pena, "puesto que se partió más allá del mínimo, sin tener en cuenta que en favor de éste existían circunstancias de atenuación punitiva, tales como las que consagra el artículo 64 numerales 1º y 6º del referido estatuto represor, lo que conllevaría a que se partiera de la pena mínima.

Se refiere a la agravante del "Precio" que tuvo en cuenta el Tribunal para sostener la violación del numeral 4º del artículo 324, y radica su inconformidad en que no se le dio credibilidad a su defendido en cuanto al móvil de la venganza.

Se apoya en lo ilustrado por el profesor Luis Carlos Pérez, para decir que las sabias expresiones del jurista son suficientes para demostrar que la circunstancia de agravación no tiene cabida en este proceso, porque da a entender que cuando ésta se presenta en el homicidio es necesario que existan dos personas vinculadas al proceso, la una como determinadora y la otra como el autor material; "pero si observamos los infolios que conforman el proceso, no aparece por parte alguna persona diferente de los hermanos Alzate Cardona, vinculados a la causa".

Agrega que no sabe a ciencia cierta de dónde colige el sentenciador que el homicidio fue por precio acordado. Sin embargo, afirma que el Tribunal lo tomó de la referencia de lo expuesto por la señora Floraba Vargas Rosas, "de que existe un determinador o un autor intelectual, y se presume, a manera de sospecha, que proviene de la familia de Martha Lucía Giónez, concubina del occiso Melo Rojas, por el hecho de que la fotografía que portaba mi defendido..., era una de las que se tenían en el álbum familiar de éstos, cuando residían en la ciudad de Palmira (Valle), pero esto constituye tan sólo un indicio leve que viene a constituir una simple sospecha".

Afirma que para "desechar el agravante", no se tuvo en cuenta la declaración de Martha Lucía Obando, que despeja cualquier duda respecto de la autoría intelectual por parte de cualquier miembro de la familia de ésta, ya que todo fue una invención de la familia del occiso, puesto que las fotos fueron inicialmente botadas y recogidas por un familiar

de Melo, quien posteriormente las devolvió a una hermana de Martha Lucía y que en una oportunidad se las devolvieron habiéndolas guardado en un clóset dentro del álbum, prueba que fue confirmada con la inspección judicial, donde se pudo constatar que en el álbum no faltaba ninguna.

Sostiene que su defendido en sus intervenciones fue claro en señalar como antecedente que el occiso le pegó dos tiros, fue trasladado al hospital de Palmira, como existe constancia en el proceso, y no le formuló denuncia, porque lo dejó inválido y su único fin era vengarse, con la intención de acabar con su vida; como no lo conocía bien a fondo optó por pagarle a un menor cuando Reinaldo se encontraba trasteando, para que le consiguiera la fotografía de éste y una vez la obtuvo decidió viajar a Neiva con el fin antes indicado, y "no como equivocadamente lo afirma el Tribunal, que fue por precio, para agravarle su situación, puesto que éste se presentaría si alguna persona hubiese sido vinculada en calidad de autor intelectual".

Respecto a la agravante de "indefensión sobre la víctima", estima que no podía aplicarse, "porque ésta no es una circunstancia que pertenezca al sujeto que delinque, sino a las condiciones objetivas o materiales en que se realizó el hecho punible". La indefensión implica completa incapacidad del sujeto para repeler la agresión de que es víctima; "la apreciación de esa modalidad subjetiva no corresponde a la realidad, no puede imputarse legalmente, porque entonces se desvirtúan los presupuestos jurídicos sobre los cuales está sustentada esa forma de agravación de la responsabilidad; por consiguiente, cuando las constancias procesales no la autorizan, no es lícito al juez suponerla para aumentar la sanción; es necesario escudriñar el proceso en su contenido probatorio para conocer que efectivamente el sujeto delinque, aprovechando esa ventaja para cometer el delito".

Agrega que dentro del plenario no existe constancia de que Holmes Alzate "colocó al occiso en estado de inferioridad para matarlo, porque no lo amarró, tampoco lo hizo en lugar solitario, estaba en compañía de otras personas; al contrario, lo hizo a plena luz del día -5 de la tarde-, en lugar poblado, casi que en la vía pública, debe entenderse que ya se había presentado un antecedente, puesto que Reinaldo Melo Rojas le había pegado dos tiros a mi defendido en la población de Yumbo (Valle), lesiones que prácticamente lo dejaron inválido, y como mi procurado no tenía por qué llamarlo, acercársele y requisarlo ni mucho menos decirle que lo iba a matar, no podía tampoco retarlo a duelo, sabiendo que Reinaldo era un sujeto peligroso, pues basta sólo observar la declaración de su concubina..., quien dijo que éste tenía antecedentes judiciales, porque mantenía haciendo cruces raros", son éstas las razones para colegir que no podía agravársele la pena al procesado;

b) *Segundo cargo.* Violación del artículo 301 del C. de P. P., al no tener en cuenta la confesión del procesado.

Señala el censor que, de acuerdo con el tratadista Horacio Gómez Aristizábal, la confesión no es divisible, o sea tener en cuenta las situaciones desfavorables y no las favorables. Las contradicciones de los acusados en sus injuradas no son situaciones que delimiten que la confesión no tenga valor. No puede pregonarse que su representado fue capturado en situación de flagrancia, porque fue capturado a las dos horas de haberse cometido el hecho, cuando ya había salido de Neiva y se dirigía a Palmira, la policía no

conocía al acusado, tan sólo tenía referencia de que se había cometido un homicidio, bien había podido negar tal hecho; sin embargo, colaboró con la justicia al declararles que había cometido el delito y luego ratificar el hecho ante el juez de instrucción. Luego en su concepto no puede dividirse la confesión para desecharla.

Solicita que se case la sentencia, se dicte el fallo que corresponda, reconociendo la rebaja de la tercera parte por confesión, dar aplicación a los numerales 1º y 6º del artículo 64 del C. P., desechando las agravantes de los numerales 4º y 7º del artículo 324 *ibidem*.

2. *Demanda a nombre de Hélder Alzate Cardona*

a) *Primer cargo*. El libelista acusa la sentencia porque el Tribunal "aplicó indebidamente el artículo 24 del Código Penal, interpretando erróneamente la participación de su defendido". Invoca la causal primera por "violación directa sustancial por error de hecho".

Afirma el libelista que el procesado Holmes Alzate, en reiteradas oportunidades, manifestó que su consanguíneo en ningún momento tuvo conocimiento de que su viaje a Neiva era con el único fin de matar a Reinaldo Melo Rojas. Ninguno de los testigos ha relatado que entre los hermanos Alzate Cardona existió acuerdo, arreglo, o "promesa anterior de que el propósito del viaje de Holmes era para segar la vida del occiso". En la diligencia de injurada no se le leyó a Holmes el contenido del artículo 380 del Decreto 050 de 1987, tan es así, que posteriormente la jueza de instrucción procedió a ampliarle la injurada, colocándole de presente la norma referida. No hubo acuerdo entre ellos para los fines delictivos, "como no fuera proponerle buscar empleo", lo que se ha sostenido a través de todas sus intervenciones.

Aduce que la "complicidad concomitante" que le fuera determinada por el Tribunal no ha existido, porque dentro del proceso hay constancia por parte de los declarantes adversarios, que cuando Holmes disparó y dio muerte a Reinaldo, su representado se encontraba distante, en una tienda a cuatro y media cuadras del sitio donde ocurrieron los hechos, sin que Hélder tuviera conocimiento del cometido de Holmes.

Afirma que ninguna participación tuvo Helder, y Holmes para nada necesitaba a su hermano, luego no se le podía atribuir la acción ejecutada, porque no existe constancia en el plenario de que hubiese existido acuerdo previo entre los hermanos Alzate Cardona. Cuando el conocimiento no ha tenido ocurrencia, como en el caso de autos, sino después de su comisión, y se presta ayuda al delincuente, *es cuando surte la figura de encubrimiento*.

La conclusión del casacionista es del siguiente tenor.

"Basándome en la ilustración del maestro Alfonso Reyes Echandía, y de acuerdo con el caudal probatorio recaudado, es que considero, que el Tribunal Superior en la segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 24 del C. Penal, que no era el aplicable a la conducta de mi defendido Hélder Alzate Cardona";

b) *Segundo cargo*. "Falta de aplicación del artículo 176 del C. P., como consecuencia del evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas; por lo tanto, la pena imponible a mi defendido Hélder Alzate Cardona era de seis (6) meses de arresto", artículo 226 numeral 1º del C. de P. P.

Argumenta el censor que si el encubridor actúa con posterioridad a la consumación del punible, "la figura de un cómplice subsiguiente es tan extraña e ilógica como aceptar que puede darse una causa posterior al efecto".

Estima que el aspecto comentado estable a ciencia cierta "que el punible de encubrimiento es una entidad delictiva aparte, *per se*, independiente y autónoma, especial o distinta del delito encubierto. Sus varias modalidades, eludir la acción de la autoridad, el entorpecimiento o desvío de la investigación, el ocultamiento o ayuda a ocultar o a asegurar el producto del delito, no se inserta en la teoría de la participación: La anterior o concomitante, en la cual los partícipes o cómplices saben lo que va a realizarse y actúan, y lo posterior, caso en que actúan aquellos (ya denominables encubridores) después de consumado el delito y con información posterior a su ocurrencia, o sea, en acción *ex post facto* no prometida previamente".

Para el censor "es un hecho, y está demostrado en el plenario, que mi defendido Hélder Alzate Cardona no tenía conocimiento previo de las razones o motivos por los cuales su hermano Holmes. .., se desplazaba a la ciudad de Neiva (Huila), como no fuera la de buscar empleo porque se hallaban trabajando en un bar, labor que no estaban acostumbrados a realizar, porque siempre lo habían efectuado en la agricultura, aquello de que Hélder sabía que Holmes portaba un arma de fuego, es lógico suponerlo porque éste desde hacía varios años lo había comprado, pero sí desconocía lo que estaba en la psiquis de su hermano, ignoraba que sus planes fueran a acabar con la vida del occiso Reinaldo Melo Rojas, ya se vino a dar cuenta cuando encontrándose en la tienda, a cuatro cuadras y media del sitio donde su hermano dispara al ofendido y que cuando salió a darse cuenta pudo verlo que iba a veloz carrera, era lógico que debía alcanzarlo, desde allí empezó a encubrirlo aceptando en gracia de discusión que hubiera cancelado el valor del taxi a la residencia, posteriormente el pasaje de Neiva a Palmira...".

Concluye que es indudable que nos encontramos frente a la figura del encubrimiento de que trata el artículo 176 del C. P. y no del cómplice, como desacertadamente lo calificó el Tribunal.

Solicita que teniendo en cuenta el análisis esbozado en los párrafos precedentes, "debe prosperar la causal primera que demandó", correspondiendo a la Corte dictar la que deba reemplazarla, ordenando la libertad inmediata de Hélder Alzate Cardona.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal plantea los siguientes argumentos:

Demanda de Holmes Alzate Cardona

Primer cargo. En concepto del colaborador fiscal, el libelista incurre en yerros técnicos, "ya que contra todo el ataque criticando la valoración hecha por el juzgador de las pruebas, lo cual técnicamente no corresponde a la vía directa de la violación, en la cual no es dable controvertir las pruebas ni los hechos declarados probados...".

Estima que ésa es la razón para que no sea atendible el argumento relativo a la causal de agravación por precio (artículo 324 numeral 4º C. P.-, pues el recurrente "trata de desvirtuar el alcance de las pruebas en que el sentenciador apoyó su atribución de la

agravante: la fotografía y el modo de obtenerla, la declaración de la señora Martha Lucía Obando y la explicación del propio procesado al respecto. Es decir, se cuestiona (sic) los hechos y el sentido que de ellos se hizo en las instancias, con base en los datos de prueba en referencia, y ello es propio de una violación indirecta, pero no de un error directo de juicio sobre la ley aplicable en el caso, que fue lo planteado por el demandante. En últimas, se cae en una discrepancia sobre el valor de las pruebas, campo en que el juicio del sentenciador no puede ser desatendido en el recurso de casación.

En relación con la agravante de indefensión considera que el argumento planteado cabe dentro de la vía directa, por interpretación errónea del ordinal 7ª del artículo 324 del C. P., ya que el sentenciador ha dado por cierto que la víctima estaba en condiciones de inferioridad o indefensión, en el momento del homicidio, cuando en verdad sólo se hallaba desprevenido jugando al dominó frente a la puerta de su casa, con otras personas, sobre este supuesto fáctico se aplicó la agravación, en un entendimiento incorrecto de ella, puesto que ese estado de la víctima no permite acudir a la condición de inferioridad o de indefensión a que alude la ley.

Considera que "el ordinal 7° establece la indefensión o inferioridad como circunstancias especiales de ventaja del homicidio sobre la víctima, diversas de las condiciones normales de la vida común, en que el autor realiza su crimen evitando todo riesgo". Se ha exigido siempre que haya un cierto grado de disminución de las posibilidades de evitar el ataque o de protegerse frente a él, por debajo del nivel medio o normal de la vida cotidiana, pues de lo contrario todo homicidio devendría en... indefensión o inferioridad. El solo sorprender a la víctima en estado de desprevención no es suficiente, ya que se requiere una condición que desequilibre la relación víctima y victimario a fin de ofrecer un margen mayor de seguridad en el crimen. Por manera que el acercarse a la víctima, que juega dominó frente a su casa, en el día, estando en un grupo de varias personas, para hacer los disparos de muerte, no puede estimarse exactamente -en la interpretación del derecho- como una situación que reclame la utilización de la norma referida".

Por lo anterior, encuentra la Delegada que es atendible casar parcialmente la sentencia para disminuir la punibilidad que corresponde por la agravación en referencia (art. 324 numeral 7° C. P.), en la proporción que la Sala encuentre correcta al dictar el fallo de reemplazo en el cual no se tendrá en consideración la indefensión de la víctima del homicidio. En resumen, el cargo prospera parcialmente.

Dice que se ha ocupado de este aspecto, no obstante que debió conformar un cargo independiente y autónomo en rigor técnico, porque es indudable que en la presentación se hace la argumentación separada, con la suficiente claridad como para considerarlo como cargo independiente.

Segundo cargo. El Procurador señala que el casacionista incurre en errores técnicos, ya que sustenta la censura haciendo una crítica a los planteamientos consignados por el juzgador sobre la valoración dada a las pruebas y el sustento por el cual no se dio aplicación a lo preceptuado en el artículo 301 del C. de P. P., "no siendo de recibo dentro de la causal invocada".

Dice que es evidente "que si se dispura sobre el sentido de la flagrancia, y su desaparición para el momento de la captura, lo que no aceptó el sentenciador, se está efectuando una interpretación de los hechos y las pruebas, lo que no es dable por la violación directa".

Demanda presentada a nombre de Hélder Alzate Cardona

Primer cargo. Sostiene la Delegada que el censor "confunde la vía directa con la indirecta argumentando errores de hecho dentro de la causal alegada, que no admite la discusión de errores *de facto*".

La discusión que ofrece la demanda "versa sobre la complicidad subsiguiente en la cual -dice el recurrente- 'no existe constancia en el plenario de que hubiese existido acuerdo previo entre los hermanos Alzate Cardona...' . Este pasaje de la argumentación demuestra que lo que se plantea, como yerro, se refiere a la ausencia de un (sic) de los aspectos conformantes de la complicidad subsiguiente, lo que revela que ha debido acudirse a la vía indirecta para discutir el error relativo a la ausencia de prueba y por tanto el error del sentenciador de sustentarla en los autos".

Agrega que el censor presenta su propia y personal valoración del acervo probatorio, la cual critica apartándose de las exigencias de la causal planteada, y la jurisprudencia de la Corte.

Considera que los yerros técnicos en que incurre el casacionista hacen que el cargo sea desestimado.

Segundo cargo. Para el Procurador, el reproche está sustentado sobre la premisa de la errónea calificación del hecho punible, ya que el censor considera que se ha debido calificar la conducta de su defendido como encubrimiento y no como cómplice, lo que hace que la causal invocada sea equivocada, pues tal censura es demandable por la causal tercera de nulidad y no por la primera, como se hizo.

Se evidencia la confusión del demandante, que sustenta el cargo "sobre la crítica a la valoración de las pruebas, campo en que no puede darse la invalidación del fallo, vistas las reglas de la sana crítica de la prueba que actualmente rige. Los yerros en que incurre el casacionista hacen que el cargo no pueda prosperar".

Finalmente, solicita a la Corte "casar parcialmente la sentencia impugnada, y al proferir el fallo de reemplazo efectuar la disminución que estime adecuada, si considera pertinente la posición del Ministerio Público".

V. Consideraciones de la Corte

1ª. *Demanda presentada a nombre de Holmes Alzate Cardona*

Primer Cargo. Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 324 numerales 4º y 7º del Código Penal.

A lo argumentado respecto a cada una de las causales de agravación se responde así:

a) Cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial no es procedente cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia, ni la apreciación de las pruebas. Esto equivale a decir que el demandante acepta ambos aspectos del fallo, y se ocupa de impugnar únicamente la selección o la interpretación de las normas.

En el caso en estudio, el demandante pasa por alto la exigencia técnica antes referida, pues en el desarrollo del cargo relacionado con la agravante en la causal 4ª, se dedica a

efectuar una verdadera crítica probatoria, manifestando su inconformidad con las conclusiones del Tribunal, las que estima contrarias a la realidad procesal, al no admitir el juzgador que el móvil fue la venganza, y en cambio colegir que el homicidio fue por un precio con base en la referencia de una declarante respecto de la existencia de un autor intelectual y presumir que éste pertenece a la familia de la compañera del occiso, por un hecho que califica de "indicio leve que viene a constituir una simple sospecha", además de que no se tuvo en cuenta para desechar tal agravante la declaración de Martha Lucía Obando, que despeja la duda sobre la autoría intelectual, prueba que fue confirmada con una diligencia de inspección judicial.

Esta presentación inadecuada de la censura frustra las intenciones del actor, ya que al plantear el reproche al amparo de la violación directa de la ley y desarrollar la argumentación como si se tratara de la violación indirecta, provoca la dilogía correspondiente, impidiéndole a la Corte dar una respuesta de fondo, puesto que para hacerlo tendría que entrar a corregir y complementar la demanda sobrepasando el ámbito de las posibilidades que le están permitidas, para adentrarse en otras que le están vedadas por el principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

De otra parte, es evidente que así hubiera acudido a la violación indirecta, la demostración del cargo tendría que haber sido otra, porque lo que se observa es la simple confrontación de su particular punto de vista con el criterio del fallador, planteamiento que a nada conduce en casación porque no es idóneo para cuestionar la legalidad de la decisión impugnada;

b) En lo atinente a la aplicación del numeral 7º del citado artículo 324 del estatuto penal, es importante partir de lo dicho por el juzgado calificador en la resolución de acusación, cuyo texto de algunos apartes es el siguiente:

"...nos encontramos frente a un delito de homicidio perpetrado por el señor Holmes Alzate Cardona, como el hombre que disparó sobre la humanidad de Melo Rojas, en posición de atrás hacia adelante, así lo afirmó el mismo, cuando describe que se hallaba parado al lado izquierdo del occiso y en el momento en que éste se iba a levantar accionó su arma sobre la cabeza para 'asegurarlo', posición que se confirmó con el protocolo de necropsia, cuando en ella se está concluyendo que la muerte de Melo Rojas se debió a la sección de la médula cervical por proyectil de arma de fuego que provocó un paro respiratorio, con trayectoria anatómica de arriba-abajo: izquierda-derecha; atrás-adelante.

"...si Holmes Alzate conociera a Reinaldo, no hubiera necesitado esa fotografía y viceversa, porque Reinaldo se hubiera puesto a la defensiva y a éste en ningún momento se le observó malicia o inquietud por la presencia de los Alzate Cardona, quienes ya estaban rondando el barrio de la residencia del occiso desde el día anterior, por eso fue fácil a Holmes acercarse a Melo Rojas y luego de observado dispararle por detrás, cuando éste terminaba una partida de dominó y se hallaba descuidado, indefenso y en condiciones de inferioridad".

Posteriormente, en la sentencia de segunda instancia dice textualmente el Tribunal:

"Circunstancias agravantes como la de aprovecharse ventajosamente la situación de indefensión en que se encontraba la víctima dedicada en ese momento a una actividad

recreativa, alejada por ello totalmente de contemplar la posibilidad de un ataque a mano armada por quien desde el día anterior había visto llegar al barrio acompañado de otra persona de mismo sexo.

"Corresponde esta actitud a lo que señala el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal y no como lo afirman los impugnantes, especialmente el abogado defensor de Holmes Alzate Cardona de que se trata de un homicidio simple, pues como bien lo ha entendido la jurisprudencia, la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados para repeler el ataque, relacionándose directamente con la cobardía o deslealtad, por la perversidad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que pueda correr el delincuente, siendo lo esencial que se sorprenda en este estado al sujeto pasivo y se aproveche esta circunstancia con notable ventaja, como sucedió en este caso al haberse disparado contra quien no estaba preparado para defenderse. Prueba de ello es que el autor material pudo acercarse fácilmente y accionar el revólver que portaba desde la distancia que consideró segura para no fallar, y salir huyendo sin mayor riesgo, hasta llegar a la Terminal del Transporte donde minutos más tarde abordó el bus que se dirigía a Cali, tal como lo debió tener planeado"

De la lectura anterior, emerge con absoluta claridad que al procesado no se le imputó el haber colocado a la víctima en condiciones de inferioridad, como erróneamente lo entiende el impugnante al afirmar que "Dentro del plenario no existía constancia de que Holmes Alzate Cardona colocó al occiso en estado de indefensión para matarlo, porque no lo amarró, tampoco lo hizo en lugar solitario...". Pero además de no corresponder esa afirmación a la verdad procesal, con ella el defensor incurre en la falla de cuestionar el aspecto probatorio, olvidando que el reproche lo presentó por violación directa.

Acudiendo al mismo autor que cita el demandante, el doctor Luis Carlos Pérez, en la página 194 del tomo V de su obra se lee lo siguiente: "La indefensión, el segundo de los estados expresamente descritos en el numeral 7º del artículo 324, se refiere, bien a la carencia de medios para ejercer la defensa, bien al estado de descuido, tranquilidad o indiferencia en que se encuentra la víctima, estado que el agente aprovecha para atacarlo. Quien espera que éste se vuelva de espaldas para disparar o apuñalarlo, escoge un medio cauteloso cual es el de atacar en un momento en que aquélla no puede defenderse, a pesar de no encontrarse inerme".

En el caso que nos ocupa está probado que el homicida y su hermano estuvieron acechando a su víctima, rondando su residencia y esperando una oportunidad para atacarlo sin correr el menor riesgo, sin darle posibilidad alguna de defenderse, y ella se les presentó cuando Reinaldo Melo se ubicó desprevenidamente en la puerta de su casa a jugar dominó con otras personas, circunstancia que Holmes Alzate aprovechó para acercársele por la espalda y acribillarlo cobardemente.

Resulta para la Sala inexplicable la petición del Procurador Delegado, que no sólo no advierte la equivocada presentación del cargo en la demanda, sino que no ve en ese hecho una ventaja para el criminal y un claro aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima.

La interpretación y aplicación de esta agravante por parte de los juzgadores de instancia fue correcta y obedece a las circunstancias probadas. Es en el concepto del

Ministerio Público donde se observa una muy confusa idea, acompañada de un indebido exceso de benignidad para con los sicarios aquí condenados.

Las anteriores razones son suficientes para desestimar la censura.

Segundo cargo

La afirmación de que el procesado no fue capturado en flagrancia le fundamenta el censor en que su aprehensión se produjo dos horas después de haber cometido el hecho, cuando ya había salido de la ciudad de Neiva y se dirigía a Palmira, "la policía no conocía a mi defendido, tan sólo tenía referencia de que se había cometido un homicidio, bien podía haber negado tal hecho, sin embargo colaboró con la justicia al declararles que él había cometido el delito...".

Por su parte, el Tribunal llega a la conclusión de que la captura se produjo en flagrancia apoyado en la siguiente motivación.

"En un retén móvil organizado en el cruce de la carretera nacional... que conduce a la población de Aipe, fue detenido el automotor antes referido y registrado cuidadosamente empezando por sus pasajeros; estando en esa operación llegó desde Neiva una patrulla con miembros de la misma institución y datos más precisos sobre la identificación de los dos copartícipes del delito logrando su captura, el decomiso del arma y una fotografía de cuerpo entero del occiso, elementos éstos de los cuales necesariamente tenía que deducirse su vinculación al mismo y no de cualquier manera, sino por haber sido sorprendido en estado de flagrancia... no debe desconocerse que, según se ha enunciado, eran perseguidos por la autoridad. No es razonable entonces la afirmación de la defensa en el sentido de que la flagrancia ya había desaparecido, pues si bien las unidades de Policía que conformaban el retén de Aipe podían desconocer en ese momento algunos datos acerca de los autores del delito, éstos eran perseguidos por la patrulla que salió desde Neiva con idéntica finalidad..."

Está plenamente acreditado que desde el momento mismo de la ejecución del homicidio se inició la persecución de los implicados, primero por las personas que estaban en el lugar de los hechos, quienes transmitieron la información a las autoridades, que continuaron con la persecución, la cual concluyó con la captura en un retén montado para ese fin, y efectuado por los agentes que seguían el bus en el cual se movilizaban los acusados.

Esa situación coincide con lo previsto en el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, que establece entre las hipótesis de flagrancia cuando la persona "es perseguida por la autoridad", de manera que la decisión en las instancias es acertada, y en las circunstancias relatadas nada tiene que ver el tiempo que duró la persecución ni el hecho de que hubieran salido de Neiva y se dirigieran a Palmira.

Fue por la captura en flagrancia que se descartó considerar la aplicación de la rebaja por confesión, de manera que esa determinación nada tiene que ver con que se haya dividido o no.

No comparte la Sala el planteamiento del Ministerio Público, en el sentido de que el casacionista efectuó una indebida interpretación de los hechos y las pruebas, habida cuenta que el cargo era por violación directa, pues en realidad, partiendo de los mismos

hechos que fueron declarados probados en la sentencia, lo que él discute es que ese presupuesto fáctico no corresponde al concepto jurídico penal de flagrancia, de donde se deriva la falta de aplicación del artículo 301 del entonces vigente estatuto procesal.

El reproche no prospera.

Demanda a nombre de Hélder Alzate Cardona

Primer cargo. El Código de Procedimiento Penal exige como requisito que el escrito contenga "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.

Este requisito implica que en el caso de que se invoque la causal primera se precise si se refiere a la violación directa o a la indirecta, o por lo menos que del desarrollo del cargo se pueda inferir con toda claridad cuál es el motivo de inconformidad del recurrente.

En el caso que nos ocupa, el demandante, con desconocimiento de los requisitos no sólo de orden técnico, sino también de lógica, precisión y profundidad, discurre de aquí para allá, exhibiendo a cada paso una confusión argumental que impide a ciencia cierta conocer el verdadero alcance de la impugnación.

En efecto, inicialmente se limita a decir que invoca la causal primera, por aplicación indebida del artículo 24 del Código Penal; luego fundamenta el cargo en "una violación directa de la ley sustancial por error de hecho" y finalmente concluye que "de acuerdo con el caudal probatorio recaudado, es que considero que el Tribunal Superior en la segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 24 del C. P., que no era aplicable a la conducta de mi defendido Hélder Alzate Cardona".

El censor no solamente confunde la violación directa con la indirecta; pues, como es sabido, el error de hecho únicamente puede alegarse cuando se escoge esta última vía, sino que también desconoce la diferencia que existe entre la aplicación indebida y la interpretación errónea de una norma sustancial.

No se puede decir, sin incurrir en un error garrafal, que un mismo precepto ha sido violado simultáneamente por la vía directa y la indirecta, ya que los dos cuerpos son excluyentes en la medida en que el primero implica la aceptación de la base fáctica y probatoria, en tanto que el segundo significa su rechazo.

Tampoco es posible acusar simultáneamente por varios motivos del cuerpo primero una misma norma; hay que definir si se trata de una aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea.

Desconoce el casacionista que a la interpretación errónea de la ley sustancial es imposible arribar por la vía indirecta, por cuanto la falla del sentenciador recae sobre el texto de la ley en su comprensión conceptual, al margen de cualquier problema probatorio.

Ahora bien, la alegación que ofrece la demanda versa sobre la complicidad subsiguiente, respecto de la cual dice el recurrente "no existe constancia en el plenario de que hubiese existido acuerdo previo entre los hermanos Alzate Cardona...". Este pasaje de la argumentación indica que lo que se plantea como error se refiere a la ausencia de prueba de uno de los aspectos conformantes de tal complicidad, caso en el cual debió

orientar el ataque por error de hecho por falso juicio de existencia, en la medida en que el sentenciador la supuso en los autos.

Pero si lo que pretendía el censor era criticar la valoración probatoria, la vía indicada sería el error de derecho por falso juicio de convicción, que no adujo el actor, y que ante la ausencia de tarifa legal sólo podría prosperar por violación de la sana crítica, y en consecuencia, resulta desatinado sustentar el cargo, limitándose a presentar su propia y personal valoración del acervo probatorio, para imponerla a la del juzgador.

Este transitar indiscriminado por las causales de casación y sus distintos sentidos provoca el natural desconcierto en la Sala, trayendo como consecuencia que el cargo sea desestimado.

Segundo cargo. Falta de aplicación del artículo 176 del Código Penal.

En esta censura, continúan los desaciertos del libelista, pues se trata de un alegato carente de toda técnica, en el que es ostensible que confunde el recurso extraordinario interpuesto con una tercera instancia.

El cargo se formula por violación directa; sin embargo se desarrolla como si se tratara de violación indirecta, pues el censor se limita a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el sentenciador.

Además, como su reproche apunta a un supuesto error en la calificación del hecho punible, ya que el censor considera que nos encontramos frente a la figura de encubrimiento y no a la de complicidad, como desacertadamente la calificó el Tribunal, ha debido acudir a la causal tercera, pues como tantas veces lo ha repetido esta Corporación, ese error no es posible demandarlo por la causal primera, ya que la sentencia de sustitución, en el evento de que prospere el cargo, sería incongruente con la resolución de acusación, quebrantando así la estructura conceptual del proceso.

La confusión del actor es de tal naturaleza, que finaliza proponiendo que en el caso de prosperar la causal primera se dicte la sentencia "que debe reemplazarla, ordenando la libertad inmediata de su defendido...".

Es verdad que la causal tercera de casación puede declararse de oficio, pero eso supone que el error del sentenciador sea ostensible, situación que en este caso no se da, y antes, por el contrario, la imputación formulada a Hélder Alzate como cómplice del delito es acertada y corresponde a lo establecido por la investigación.

Si las conclusiones del Tribunal no colmaron a plenitud las aspiraciones del casacionista, eso es comprensible; pero para quebrar el fallo en casación no bastaba exponer su criterio para anteponerlo al del juez, sino que se requería que hubiera demostrado un error con trascendencia suficiente para desvirtuar la doble presunción de legalidad y acierto que lo ampara.

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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / JUEZ REGIONAL / COMPETENCIA / *IN DUBIO PRO REO*

En la jurisdicción de orden público (hoy jurisdicción ordinaria conformada por los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional) concurrían todos los factores que la ley había previsto para atribuirle, no la simple labor instructiva, sino la conducción del proceso hasta su terminación. / La razón de ser de la distinción entre armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares, hecha por el legislador, radica en su poder de destrucción, mucho mayor en estas últimas. / Cuando los proyectiles Gum dum han sido adaptados a un arma de defensa personal, como lo es un revólver de calibre 38, su presencia en ella aumenta notablemente su capacidad destructora, por lo que el simple porte de los mismos constituiría hecho punible de competencia de los Jueces de Orden Público (hoy Regionales). / Si además el procesado portaba dicha arma sin el correspondiente salvoconducto por tratarse de un revólver hurtado, infiérese la existencia de un fenómeno concursal por la concurrencia de plurales infracciones (porte ilegal de armas de defensa personal y de munición de uso privativo de las fuerzas militares). / Resulta difícil reconocer el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) cuando el juzgador, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas, ha llegado a la convicción o certeza invencibles de la responsabilidad del acusado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 5191. Casación.

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 106.

Santafé de Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Octavio Bernal Cifuentes y el defensor de Luis Adán Rodríguez Hernández contra la sentencia de 17 de mayo de 1990 mediante la cual el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) los condenó en segunda instancia como responsables de los delitos de porte y transporte de armas y municiones de defensa personal y de uso

privativo de las fuerzas militares o de policía, en concurso con el de hurto agravado y calificado.

Hechos

Son reseñados por el *ad quem* de la siguiente manera:

"Ocurrieron el 24 de febrero de 1989, cuando en las primeras horas de la tarde, el camión repartidor de la leche perteneciente a La Gran Vía se encontraba en la tienda perteneciente a Paulina Calderón de Ramírez, ubicada en la transversal 78 No. 41A-51 sur de esta capital y era conducido por José Vicente Melo Forero con Marco Fidel López Castillo como ayudante. Encontrándose éstos dentro del establecimiento, de repente, fueron asaltados por dos individuos, revólver en mano, quienes llevando al chofer hasta la cabina del carro se apoderaron del producto de las ventas, veintiocho mil quinientos pesos aproximadamente, se llevaron la llave de encendido del automotor y emprendieron la huida, no sin antes haber causado algunas leves heridas al conductor con la cacha del arma de fuego.

"Los dos desconocidos eran esperados a pocos metros de la tienda, en un taxi amarillo en el cual emprendieron la huida.

"Gracias a la oportuna intervención de algunas autoridades y de un testigo que presenció la huida, se hizo el seguimiento del taxi hasta retenerlo en Ciudad Kennedy y aprehender a dos de sus ocupantes, esto es, al conductor, Luis Adán Rodríguez Hernández, y a uno de los ocupantes, Octavio Bernal Cifuentes. El tercero logró escapar no obstante los esfuerzos hechos para retenerlo".

El agente del DAS Pedro Nel Angulo Bonilla, que participó en la persecución y captura de los incriminados, halló en el interior del vehículo un revólver 38 largo marca Smith & Wesson número 4D11577 con diez proyectiles del mismo calibre, entre los cuales, cinco conocidos como dum dum encontrados debajo de la silla del conductor" (fl. 189 del c. No. 1), arma que meses antes le había sido hurtada a un celador de la empresa de vigilancia Servinco.

Actuación Procesal

El Juzgado Ciento Doce de Instrucción Criminal de Bogotá inició la investigación penal con fundamento en el informe rendido por los agentes del DAS y en desarrollo de la misma oyó en indagatoria a los capturados Octavio Bernal Cifuentes y Luis Adán Rodríguez Hernández, definiéndoles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal de que trata el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

Rodríguez Hernández manifestó en su injurada que en el momento en que un pasajero del taxi que conducía le cancelaba el valor de la carrera fue sorprendido por un sujeto armado de revólver que lo obligó a continuar la marcha hasta que fue interceptado por un carro negro, oportunidad en la que el intruso abandonó el vehículo dejando los objetos encontrados por las autoridades, versión que respalda Bernal Cifuentes, quien se identifica como el atónito pasajero.

El Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de esta ciudad, al que correspondió conocer del proceso por competencia, ordenó la identificación y peritazgo del revólver y los proyectiles decomisados, diligencia en la que el técnico en balística del DAS conceptuó que cuatro (4) de las diez (10) balas puestas a su consideración eran semiblindadas, de punta hueca expansiva, comúnmente conocidas como dum dum, y que el revólver, aunque en mal estado, era arma apta para disparar. Agregó que de acuerdo con lo impreso en el culote de los cuatro cartuchos, éstos eran de fabricación extranjera, explicando que los de tipo expansivo son de mayor poder destructivo (fls. 26 y 27 del c. o. No. 2).

Por su parte, el perito del Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares, a solicitud del Juzgado, dictaminó:

"Tomando como base el Decreto 2003 de 1982, artículo 4°, literal c), especifica que los cartuchos encamisados de punta hueca, punta abierta expansiva, se consideran de uso privativo de las Fuerzas Militares, ya que reúnen las siguientes condiciones: los cartuchos son importados, ya que esta marca y este tipo de munición no son producidos por la Industria Militar y tampoco han sido importados por la misma. Los cartuchos que tengo a la vista son de punta hueca (HP), semiblindados, ya que la chaqueta de bronce solamente llega hasta la mitad del proyectil y los efectos causados cuando entran a un objeto es la de expandirse aumentando el área de contacto e impacto" (fl. 30 *ibidem*).

Con base en tales dictámenes se remitió el expediente por competencia a la jurisdicción de orden público por tratarse del delito contemplado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, habiendo correspondido conocer de él al Juzgado Octavo de esa jurisdicción, el que oficiosamente varió la calificación dada a los hechos investigados en el auto detentorio haciéndola extensiva al delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional de que trata el mencionado precepto, disponiendo que el procedimiento por seguir era el señalado en el Decreto 180.

El 22 de febrero de 1990 el Juzgado de Orden Público puso fin a la instancia condenando a Octavio Bernal Cifuentes y a Luis Adán Rodríguez Hernández a la pena principal de 10 años, 6 meses de prisión y multa de 60 salarios mínimos mensuales, el primero como responsable del delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional en concurso con el de hurto calificado y agravado y 31 meses de prisión, el segundo, por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal en concurso con el de hurto agravado y calificado; fallo apelado por Bernal Cifuentes y confirmado por el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) mediante el que es objeto del recurso de casación, con la modificación de hacer extensiva la condena de 10 años, 6 meses de prisión a Rodríguez Hernández por el delito de tráfico de municiones de uso privativo de las fuerzas militares, en concurso con el de hurto, rebajando a 50 salarios mínimos legales la multa impuesta a ambos condenados.

La tramitación del recurso se demoró considerablemente por los incidentes surgidos y las múltiples solicitudes de libertad provisional y cesación de procedimiento por indulto formuladas por los procesados recurrentes, quienes a la postre fueron excarcelados mediante caución por pena cumplida.

Demandas de Casación

Demanda a nombre del Procesado Octavio Bernal Cifuentes.

En el marco de las causales primera y tercera de casación se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, así:

Primer cargo. Violación directa por aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 por cuanto el Tribunal sentenciador por un error de adecuación típica subsumió en dicha norma la conducta endilgada al procesado Bernal Cifuentes cuando es lo cierto que el artículo 4° del Decreto 2003 de 1982, que trae una clasificación de las armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, únicamente incluyó en ellas a los proyectiles blindados y la munición por hacer parte integral del revólver 38 largo que la contiene, corresponde a arma y munición de defensa personal conforme a la descripción que hace el artículo 2° del Decreto 2003.

El demandante, luego de referirse en forma exhaustiva a los elementos estructurales del delito, criticar la decisión impugnada por lo que considera una manía obsesiva del Tribunal Superior para perjudicar a su cliente; calificar de "mansas e inocuas municiones" los cuatro proyectiles de punta hueca expansiva y cuestionar el hecho de no haberse dirimido por el Tribunal Disciplinario un eventual conflicto de competencias para conocer del asunto, parece resumir la censura en el siguiente pasaje entrecortado de su escrito:

"...pues para nadie es un secreto que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial por vía directa por aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180 de 1988... en armonía con el artículo 9° Decreto 1663 de 1979 ...modificado por el artículo 4º Decreto 2002 de 1983 ...ordinal e) dejando de aplicar automáticamente normas de perentoria e ineludible aplicación como el artículo 1º del Decreto 50 de 1987: artículos 1°, 2º, 3º y 11 del Decreto 100 de 1980 ...artículos que de haber sido aplicados hubieran provocado o un conflicto de competencias ...dirimible sólo en las dependencias o recinto natural del Tribunal de Orden Público o el natural envío de las sumarias a la Justicia Ordinaria...".

Solicita que se invalide la sentencia recurrida y se profiera la que deba reemplazarla como lo prevé el artículo 228 del anterior C. de P. P.

Segundo cargo. Nulidad del juicio por incompetencia del juez toda vez que el Tribunal Superior de orden público condenó al procesado recurrente "por una norma de excepción a sabiendas de que su conducta no podía ser subsumida por el Decreto 180 de 1988 - artículo 13" pasando por alto normas sustanciales como los artículos 1º y 11 del C. P. y 26 de la anterior Constitución Nacional "en vanidosa ostentación de abuso o exceso de poder" y olvidando que "Cuando a mi cliente se le aplicó el famoso estatuto prodefensa de la democracia... su conducta ya estaba subsumida por el Decreto número 3664 de 1986: El Decreto 180 de 1988, en su artículo 13 posterior ...se aplicó entonces a una conducta o comportamiento que ya tenía competencia plenamente singularizada".

Luego expresa el censor:

"La incompetencia era manifiesta y confesa: De bulto surgía o emanaba su presencia, pues cuatro municiones de plomo sin blindaje ...sin usar ...sin haber sido fabricadas o importadas por la Industria Militar, lejos de constituir el inequívoco medio idóneo para iniciar el tambaleo del orden institucional o jurídico existente ...ponía de

manifiesto la ridiculez o inidoneidad de conducta ...materia prima de todo conflicto de competencias. Y en el improbable evento de que aquellas municiones tuvieren alguna fuerza o poderío, debía adicionalmente desembocarse en la naturaleza o calidad del revólver que las contenía: jamás se quiso hacer la confrontación y el honorable Tribunal de Orden Público, para consolidar los efectos del atropello, en su providencia de 17 de mayo de 1990 olímpicamente dice que la tesis del nexo o relación de causalidad entre el arma y la munición debía descartarse porque era costumbre desechar ese tipo de relación para facilitar así los efectos de condena".

Concluye pidiendo casar la sentencia y declarar la nulidad del fallo acusado a fin de que el proceso sea enviado por competencia, a la jurisdicción ordinaria.

Demanda a nombre del Procesado Luis Adán Rodríguez Hernández.

Con apoyo en la causal primera de casación se ataca la sentencia de la siguiente manera:

Primer cargo. Error de derecho manifiesto en la apreciación de los dictámenes periciales obrantes en autos, originado en haberse tenido como pruebas determinantes de la competencia asignada a los jueces de orden público y de la responsabilidad de los sindicados, las conclusiones a que llegaron los técnicos o peritos del Departamento de Control de Armas del Ministerio de Defensa, el Instituto de Medicina Legal y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en el sentido de que los cuatro proyectiles encontrados en el interior del taxi eran de uso privativo de las fuerzas militares por tratarse de cartuchos semiblindados, de origen extranjero, con punta hueca expansiva, más conocidos como dum dum; no obstante que tales experticios no fueron puestos en conocimiento de las partes por el término de tres días para que pudieran ser ampliados, complementados o aclarados, como lo ordenaba el artículo 276 del C. de P. P. entonces vigente.

Afirma la impugnadora:

"El razonamiento que me lleva a presentar esta acusación contra la sentencia dictada por el Tribunal de Orden Público consiste en que el sentenciador de segunda instancia consideró que se habían cumplido todas las exigencias procesales que requiere un medio de tal naturaleza expresamente descritas en los artículos 266, 272, y 278 del Código de Procedimiento Penal, cuando lo cierto es que tales exigencias no se cumplieron por cuanto que tales piezas procesales deberán ser producidas, controvertidas y valoradas de conformidad con las normas en cita, ya que su no observancia cuando sobre él se apoya el fallo afecta sustancialmente el debido proceso y de reflejo el derecho de defensa, especialmente previsto en el ordinal 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal".

Agrega que el error de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador consistió en haber apreciado como pruebas los tres dictámenes periciales pese a no haber sido puestos en conocimiento de las partes "para su objeción o ampliación o aclaración" no pudiendo afirmarse que se trata de pruebas legalmente aducidas al proceso.

Segundo cargo. Error de hecho manifiesto por haber ignorado el fallador una prueba "que si la hubiese valorado, habría definido el proceso en forma diferente.

"El honorable Tribunal Sentenciador -expresa- ignoró por completo la declaración del agente del DAS Pedro Nel Angulo Bonilla, quien afirma que los cuatro proyectiles dum dum le fueron encontrados dentro del tambor del revólver decomisado al procesado Octavio Bernal Cifuentes cuando viajaba en el asiento trasero del automóvil conducido por Luis Adán Rodríguez Hernández. Si el procesado Bernal Cifuentes viajaba en el asiento de atrás del vehículo y a él le fue directamente decomisada el arma contentiva de los cuatro cartuchos dum dum, no se puede responsabilizar de la tenencia o posesión de estos cuatro cartuchos al procesado Rodríguez Hernández y en su contra deducírsele la conducta descrita en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988".

No se logró establecer que el conductor del taxi tuviese conocimiento que el arma decomisada al procesado Bernal Cifuentes estuviera cargada con proyectiles dum dum, de uso privativo de las fuerzas militares, y como se ignoró por completo el testimonio del detective Angulo Bonilla, encuentra suficiente arraigo procesal el "error de hecho manifiesto por falta de apreciación de las pruebas demostrativas del fenómeno de la duda que ha debido reconocerse en la sentencia de segunda instancia, tal como lo hizo el fallador de primer grado".

Solicita casar la sentencia recurrida y dictar la que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina los cargos formulados a la sentencia impugnada empezando por los contenidos en la demanda presentada a nombre del procesado Luis Adán Rodríguez Hernández para concluir que ninguno de ellos fructifica porque adolecen de insubsanables fallas de técnica en su enunciado o resultan infundados.

Afirma, en efecto, que el primer cargo propuesto a nombre del mencionado procesado por error de derecho por falso juicio de legalidad al preterm1tirse el traslado a las partes de los dictámenes periciales obrantes en autos, es totalmente infundado toda vez que a folio 92 del cuaderno número dos del expediente, aparece el auto de 15 de noviembre de 1989 mediante el cual el Juzgado octavo de Orden Público ordenó poner en conocimiento de los sujetos procesales los tres dictámenes rendidos por peritos en balística, en los términos del artículo 276 del anterior C. de P. P.

Respecto al segundo cargo por error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia expresa que no es cierto que los testimonios rendidos por los agentes del DAS que intervinieron en la persecución y captura de los incriminados hayan sido ignorados, sino valorados aunque con diferente alcance probatorio al pretendido por la demandante, como lo comprueba con transcripción de sus versiones y que el beneficio de la duda no emerge de las pruebas aducidas con la fuerza incontrastable requerida para ser aceptado.

En cuanto a los cargos presentados a nombre del procesado Octavio Bernal Cifuentes por violación directa del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y nulidad por incompetencia de la jurisdicción de orden público, examinados en conjunto por la identidad de argumentaciones en que se apoyan, aduce, en síntesis, que hallándose técnicamente probado que cuatro de los proyectiles decomisados identificados como de punta hueca expansiva y conocidos comúnmente como dum dum corresponden a los descritos por el legislador como de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía

Nacional el hecho de transportarlos o portarlos sin permiso de autoridad competente, es comportamiento que se adecua al tipo penal en que fue encasillado, esto es, el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 en concordancia con el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, cuyo conocimiento corresponde a los jueces de orden público.

Consideraciones de la Corte

En el orden en que fueron presentadas, examinará la Corte las demandas de casación comenzando por el cargo relativo a la nulidad del juicio por incompetencia del juez, propuesto a nombre del procesado Octavio Bernal Cifuentes, pues de resultar demostrada la invalidez total o parcial del proceso sobraría cualquiera consideración en cuanto a la legalidad de la sentencia.

Segundo cargo. Siendo palmar, como fluye de las conclusiones a que llegaron los peritos o técnicos que conceptuaron en autos, en el sentido de que cuatro de los proyectiles decomisados a los procesados corresponden a los descritos por el artículo 4º, literal c) del Decreto 2003 de 1982 como de uso privativo de las fuerzas militares por tratarse de munición de punta hueca expansiva comúnmente conocida como dum dum; la que era llevada o transportada por ellos sin permiso de autoridad competente; tal comportamiento se adecuaba inequívocamente al tipo penal descrito en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 entonces vigente, bajo el rótulo de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de Policía Nacional" (hoy artículo 2º del Decreto 3664 de 1986).

Y si a ello se agrega que la competencia para investigar y fallar dicha conducta delictuosa estaba asignada de modo privativo a los jueces y al Tribunal Superior de Orden Público por mandato de los artículos 5º y 9º del Decreto 2790 de 1990 (Estatuto para la Defensa de la Justicia); colígese que la nulidad invocada por incompetencia del juez es a todas luces improcedente porque en la jurisdicción de orden público (hoy jurisdicción ordinaria conformada por los jueces regionales y el Tribunal Nacional) concurrían todos los factores que la ley había previsto para atribuirle no la simple labor instructiva, sino la conducción del proceso hasta su terminación.

El demandante se empecina en hacer creer que la calidad de munición de uso privativo de las fuerzas del orden sólo se predica de la blindada, cuando es lo cierto que dicho calificativo se extiende igualmente a la de punta hueca expansiva y es bien sabido que la razón de ser de la distinción entre armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares, hecha por el legislador, radica en su poder de destrucción, mucho mayor en éstas últimas.

La Corte, aludiendo al tema que ocupa su atención, hizo en reciente oportunidad (auto de 10 de marzo de 1993 M. P.: doctor Jorge Enrique Valencia M.) las siguientes precisiones que vienen al caso:

"a) Los proyectiles denominados popularmente como dum dum son aquellos que tienen un orificio en el centro de la ojiva. Técnicamente se les denomina como de punta hueca expansiva. Ello significa que al penetrar en un objeto, se subdividen en muchos fragmentos, causando un daño mayor que el de una bala corriente. No tiene, por tanto, carácter explosivo, ya que la pólvora utilizada para su impulsión es idéntica a la de cualquier proyectil de su envergadura;

"b) Ahora bien, este tipo de munición no es fabricada ni vendida a los particulares por las autoridades. La que pueda existir en nuestro medio es importada, legal o ilegalmente, y viene en diferentes calibres, por lo que dependiendo de cada cual, puede ser utilizada por un variado tipo de armas;

"c) Como bien puede verse, tanto las armas como las municiones pueden ser alteradas, independientemente las unas de las otras, pese a lo cual logran afectar todo el conjunto. Tal, la razón para que el Decreto 2003 de 1982 las regle de manera individual. Así sucede, por ejemplo, cuando a un revólver calibre 38, arma considerada para defensa personal, le es adaptado un silenciador; o a una escopeta, arma para deporte y caza, una mira telescópica. Tales aditamentos aumentan su poder letal pese a que las municiones no hayan sufrido alteración ninguna. Por ello, la sistemática en referencia las califica como de uso privativo de las fuerzas militares. De igual manera sucede con sus proyectiles, reglamentados de manera separada, como en el caso de los de punta hueca o dum dum, que son balas modificadas para aumentar su poder de destrucción, pese a que el arma que las utiliza no sufra cambio alguno.

Cuando los proyectiles dum dum han sido adaptados a un arma de defensa personal como lo es un revólver calibre 38, su presencia en ella aumenta notablemente su capacidad destructora, por lo que el simple porte de los mismos constituiría hecho punible de competencia de los Jueces de Orden Público (hoy Regionales). Si además, el procesado portaba dicha arma sin el correspondiente salvoconducto por tratarse de un revólver hurtado a un celador al servicio de Servinco, infiérese la existencia de un fenómeno concursal por la concurrencia de plurales infracciones (porte ilegal de armas de defensa personal y de munición de uso privativo de las fuerzas militares), con lo que la tesis del recurrente de que la munición por hacer parte integral del arma que la contiene, configura un solo delito (porte de arma y munición de defensa personal de que trata el artículo 2º del Decreto 2003 de 1982) resulta francamente insostenible y debe rechazarse.

De otra parte, si el 4 de octubre de 1991 entró a regir el Decreto Legislativo 2266 de dicho año, que adoptó como legislación permanente el Decreto 3664 de 1986 que en su artículo 2º tipificó como delito, entre otras conductas, el porte de armas o municiones de uso privativo de las fuerzas militares, con pena mucho menor a la señalada en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (de 3 a 10 años de prisión en lugar de 10 a 15), no resulta válida la afirmación del impugnante de que a su cliente se le aplicó una sanción que no le correspondía puesto que para la fecha de proferirse la sentencia de segunda instancia (17 de mayo de 1990) no había sido reformada en su *quantum* punitivo esta última disposición.

No prospera el cargo de nulidad.

Primer cargo. Como la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 se fundamenta en apreciaciones y conceptos personales del censor opuestos a los razonamientos a que arribó el Tribunal sentenciador basado en la realidad procesal, la acusación por esa vía se torna absolutamente ineficaz.

El subfondo de la argumentación del libelista desconoce la verdad que emerge de las pruebas del proceso, esto es, que los cuatro proyectiles semiblindados decomisados son de punta hueca expansiva, más conocidos como dum dum; desconocimiento que lo lleva a ubicar ese hecho en un tipo penal que no le corresponde. Es decir, que, en desarrollo

de la impugnación, pesa por alto aspectos fácticos que sirvieron de soporte a la adecuación de la conducta y que de acuerdo con la forma de violación incoada estaba obligado a respetar.

Apareciendo demostrado mediante prueba técnica incontrovertible que los mencionados proyectiles corresponden a la descripción de munición de uso privativo de las fuerzas militares, hecha por el artículo 4º literal e) del Decreto 2003 de 1982 y su porte o transporte constituía delito a las voces del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (hoy artículo 2º del Decreto 3664 de 1986), el encuadramiento de tales comportamientos en dicho tipo penal es inobjetable.

No prospera, por lo tanto, el cargo formulado.

Demanda a nombre del procesado Luis Adán Rodríguez Hernández.

Primer cargo. El error de derecho por falso juicio de legalidad consistente en haberse apreciado como pruebas determinantes los dictámenes periciales que obran en autos, a pesar de no haber sido puestos en conocimiento de las partes por el término legal para que éstas hubieran tenido la oportunidad de pedir que fueran ampliados, complementados o aclarados, como lo ordenaba el artículo 276 del anterior C. de P. P. y lo dispone el artículo 270 de la codificación vigente, es totalmente infundado porque, como bien anota la Procuraduría Delegada, a folio 92 del cuaderno original número dos del expediente, aparece el auto de 15 de noviembre de 1989 por el cual el Juzgado Octavo de Orden Público de Bogotá dispuso dicho traslado con expresa invocación de la mencionada norma instrumental; providencia que fue notificada personalmente a los procesados Rodríguez Hernández y Bernal Cifuentes y por anotación en estado a los demás intervinientes.

No habiéndose preterm itido la formalidad que nota de menos la recurrente, el cargo debe rechazarse por sustentarse en una inexactitud.

Segundo cargo. El reparo formulado a la sentencia por error de hecho manifiesto al dejar de apreciarse el testimonio vertido por el agente del DAS Pedro Nel Angulo Bonilla conforme al cual resulta comprobada la ajenidad de Luis Adán Rodríguez Hernández en la posesión o tenencia del revólver en cuyo interior se encontraban los proyectiles dum dum, prueba que de haberse apreciado hubiera generado en la mente del juzgador el fenómeno de la duda respecto a su responsabilidad en el delito de porte de munición de uso privativo de las fuerzas militares, tampoco está llamado a prosperar por las siguientes razones:

No es verdad que la mencionada declaración hubiere sido ignorada por el sentenciador, pues basta leer la sentencia para percatarse que el análisis probatorio comienza precisamente con el examen de la declaración del detective Angulo Bonilla. Ocurrió sí que a dicha prueba se le dio un alcance probatorio diferente del que le atribuye la impugnadora.

El Tribunal Fallador, después de valorar en conjunto las declaraciones rendidas por los agentes del DAS que intervinieron en la aprehensión de los sindicados, el conductor del vehículo distribuidor de leche y su ayudante y por las personas que presenciaron los hechos, confrontándolas con otros indicios, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, descartó la versión suministrada por el procesado Rodríguez Hernández de haber sido capturado cuando transportaba un pasajero en su taxi y concluyó deduciéndole

culpabilidad en el delito descrito en el artículo 13 tantas veces citado, porque tales probanzas son reveladoras, sin lugar a dudas, de que se trató de la realización de toda una empresa criminal debidamente convenida y planeada en la que cada uno de sus intervinientes debería realizar una concreta y específica labor, obrando de común acuerdo. Es así como dos de los delincuentes deberían cumplir el despojo, mientras el taxista era el encargado de realizar la movilización, asegurando el producto del hurto y la huida de todos. El conductor sabía entonces, lógicamente, cuál era la actividad por cumplir por sus compinches y la forma de ejecución del delito para el cual se emplearían las armas. No era un extraño o auxiliador de momento, sino alguien mezclado en el actuar delictivo a quien se le asignó una tarea específica, tanto es así, que en el vehículo se movilizaron el arma y municiones de varias características que fueron halladas en el mismo".

Luego expresó:

"Se comparte entonces el criterio de primera instancia en cuanto a que se trata de un coautor: lo que no resulta acertado es tenerlo como tal en la realización del hurto calificado y agravado y no en cuanto al arma y su correspondiente munición. No se ve la razón para excluirlo de este último comportamiento cuando todo conduce a demostrar que sabía los medios que debía emplear en el hurto calificado. Es que el empleo de ese instrumento no fue obra e iniciativa de uno de los partícipes sin el conocimiento y consentimiento de los demás, sino la obra concertada de todos. Así lo revela la forma misma de la ejecución de los hechos".

Así las cosas, resulta difícil reconocer el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) cuando el juzgador, como en el presente caso, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas, ha llegado a la convicción o certeza invencibles de la responsabilidad del acusado.

La recurrente se limitó a enunciar un supuesto error de hecho por falso juicio de existencia sin adentrarse en el estudio de las pruebas aducidas a fin de demostrar que de haber sido apreciadas habrían generado en la mente del fallador una incertidumbre insuperable respecto a la responsabilidad o inocencia del procesado Rodríguez Hernández, cometido que no cumplió.

Las afirmaciones del testigo Angulo Bonilla en cuanto a la forma en que fueron hallados en el interior del vehículo el revólver calibre 38 y la munición que resultó ser de uso privativo, aisladamente consideradas o desligadas de los demás hechos indiciarios con que cuenta el expediente, no prueban por sí solas la duda insalvable exigida por el artículo 248 del anterior C. de P. P. para ser reconocida en favor del procesado.

Y el argumento de que el porte de munición de uso restringido no era imputable al procesado Luis Adán Rodríguez Hernández sino a Octavio Bernal Cifuentes no puede prevalecer sobre el criterio del Tribunal en el sentido de que aquél también era consciente de la calidad del arma y la munición utilizada en la empresa criminal, que viene precedido de la doble presunción de legalidad y acierto.

La Corte, en casación de 24 de septiembre postrero, dijo en lo pertinente: "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 delictuosa común".

Finalmente, atendiendo solicitud de la Procuraduría Delegada, el juzgado de conocimiento procederá de oficio a dictar la providencia que rebaje la pena impuesta a los sentenciados, de conformidad con las previsiones de los artículos 2º del Decreto 3664 de 1986 adoptado como legislación permanente por el artículo 1º del Decreto 2266 de 1991 y el 510 del C. de P. P. en concordancia con el 15 transitorio del mismo Estatuto: rebaja ya considerada por el Tribunal Superior de Orden Público al concederles el beneficio de libertad provisional (auto de noviembre 18 de 1991).

Decisión

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

RESUELVE:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Octavio Bernal Cifuentes y Luis Adán Rodríguez Hernández, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / DEMANDA DE CASACION

La violación de la ley sustancial puede presentarse por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del Juez y la norma, bien sea porque fue dejado de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida o porque habiéndose aplicado la correcta fue interpretada erróneamente. Por esta vía se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como las plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae directamente sobre la norma.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8890.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 107.

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

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de Lidwin Albeiro Torres Diossa y José Gabriel Alvarez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso al primero noventa (90) meses de prisión por los delitos de tentativa de homicidio en concurso con dos hurtos calificados y agravados, y al segundo la pena de setenta y ocho (78) meses de prisión como autor responsable de los delitos de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, con las siguientes modificaciones: absolvió al procesado Torres Diossa por los delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y los hurtos cometidos en bienes de propiedad de la Familia Granada Restrepo, Francisco León Ibarra y Elkin Arango.

I. Demanda presentada en favor de José Gabriel Alvarez Clavijo

El libelista invoca la causal tercera de casación y en forma subsidiaria las causales primera y segunda, aduciendo como fundamentos de las mismas los siguientes:

a) Causal tercera de casación

"En la resolución de acusación, pieza fundamental para el ejercicio del derecho de defensa, la calificación jurídica que de la conducta de los encausados se efectuó por parte de la funcionaria instructora, los cargos que se formularon son ambiguos, ellos debieron quedar diáfanos para el debido proceso y el derecho de defensa.

"Con la nulidad parcial decretada por el honorable Tribunal Superior de Medellín se corrobora que existió realmente la nulidad planteada.

"*Normas infringidas*

"Artículos 1-304 del Código de Procedimiento Penal se violó flagrantemente el derecho de defensa y el debido proceso".

b) Causal primera de casación

"En la sentencia impugnada se dio por sentada la participación del señor José Gabriel Alvarez Clavijo en los tres sucesos donde aparece sindicado Edwin Albeiro Torres Diossa; es decir, en los cuales son atendidos Silvio Granda Bolívar, su esposa, Luz del Socorro Restrepo, y Luis Tiberio Restrepo-Francisco León Ibarra y Elkin Darío Arango Correa-Omar, José e Iván Darío Restrepo Echeverri.

"Esa supuesta participación se deduce del reconocimiento que en todo momento hicieron los atendidos del sindicado Torres Diossa.

"Por parte alguna aparece sindicación respecto de José Gabriel Alvarez Clavijo, a excepción de su retención en flagrancia y en un solo hecho.

"A ese solo hecho, donde fue retenido, se debió limitar la acusación y posterior condena.

"Incurrió en error manifiesto el fallador en suponer los otros dos sucesos acaecidos a Alvarez Clavijo".

c) Causal segunda de casación

"La resolución de acusación se profirió por dos hurtos calificados y agravados, donde son ofendidos Elkin Darío Arango Correa, Francisco León Ibarra y los Hermanos Omar de Jesús e Iván Darío de la Cruz Restrepo Echeverri, a más de los otros delitos.

"En la sentencia condenatoria se decretó la nulidad parcial de la resolución acusatoria del 11 de septiembre de 1992, concretamente el cargo que tiene que ver con los hechos en los cuales resultaron afectados en su patrimonio económico los hermanos Omar de Jesús e Iván Darío de la Cruz Restrepo Echeverri.

"Consideró que se debió absolver por este aspecto, pues entonces, ¿qué razón tendría la acumulación de procesos? Además, no tienen por qué cargar con los errores de la fiscal los señores sindicados.

"A pesar de que en la resolución de acusación no se menciona el hecho donde es ofendido Silvio Granda Bolívar, el señor juez en el fallo sí lo tiene en cuenta para condenar por él, siendo lo correcto, en mi sentir, absolver por este aspecto, o como lo hizo en otro.

"Es por esto que desde el ángulo de la semántica y mucho me (sic) menos desde la objetividad de los hechos, en las acusaciones desplegadas por Torres Diossa y la otra persona no puede encajar la preposición inseparable co o con".

Solicita a la Corte Casar la sentencia y absolver a su defendido de la sindicación de tentativa de homicidio.

II. Consideraciones de la Sala

1. 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 estime infringidas.

En el presente asunto el libelista invoca las tres causales de casación en forma genérica sin que concrete en forma correcta el ataque, ni presente los fundamentos correspondientes.

2. En un primer momento alega la existencia de una nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso, sin acompañar esta afirmación de argumento alguno, hasta el punto que la Sala queda sin enterarse siquiera de la más mínima razón que lleva al demandante a invocar esta causal.

Es evidente que el actor cree que el requisito de la demanda consistente en señalar la causal de casación que se aduce para pedir la anulación del fallo es un aspecto del cual puede desentenderse una vez cumplido, de modo que no da en desarrollo del mismo motivación alguna para demostrarte.

3. Invoca la causal primera de casación sin señalar si lo hace acudiendo al cuerpo primero o al cuerpo segundo de ella.

Desconoce el demandante que la violación de la ley sustancial puede presentarse por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del juez y la norma, bien sea porque fue dejada de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida, o porque habiéndose aplicado la correcta, fue interpretada erróneamente. Por esta vía se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como los plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae directamente sobre la norma.

Igualmente puede presentarse por vía indirecta 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.

El libelista se dedica a hacer afirmaciones de carácter general, que no guardan relación con la causal seleccionada ni con las normas que en su concepto fueron vulneradas, convirtiendo la demanda en un escrito carente de contenido y estructura jurídica, que no tendría vocación de prosperidad ni desde las instancias.

4. En un último cargo, considera que existe incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, pero sin concretar en momento alguno en qué consistió dicha desarmonía.

El cargo no deja de ser una afirmación de carácter general carente de sustento, razón por la cual se vulnera la exigencia del artículo 225 No. 3 del Código de Procedimiento Penal, que es enfático en indicar que se señalen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal alegada.

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 en la demanda plantear 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 rechazará *in limine* declarando a su vez desierto el recurso.

5. La demanda presentada por el defensor de José Gabriel Alvarez Clavijo se ajusta a los requisitos de ley, por lo tanto así se declarará.

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

RESUELVE:

Primero. *Rechazar* la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Gabriel Alvarez Clavijo, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

Segundo. *Estimar ajustada a los requisitos legales* la demanda presentada a nombre de Edwin Alberto Torres Diossa; por lo tanto, se ordena correr el traslado al Procurador Delegado en lo Penal por el término de veinte (20) días para que emita concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / RESOLUCION DE ACUSACION / DERECHO DE DEFENSA

Los elementos aportados a la averiguación, así como la índole de las citas, permitirán advertir de qué lado debe moverse el funcionario para cumplir con el dictado de la investigación integral. En estas circunstancias no es difícil pasar sobre añagazas y descubrir el ardid exculpajorio; o, por el contrario, determinar una situación real, grave y seria que merece ser despejada. Lo determinante para imponer la práctica de una prueba es "su real conducencia con lo investigado o la validez racional de sus proposiciones", aspecto fundamental que, de no darse, obliga a descartar la pretensión, pues no aparece "la importancia de las pruebas omitidas, su relación con los hechos investigados, sus consecuencias particulares a los demás medios de prueba y su necesidad procesal". / Nadie niega la trascendencia de la resolución acusatoria, en la redacción del mismo, mediante la cual el procesado y las demás personas intervinientes y partes deben saber y conocer la conducta que se carrostra para poder ejercitar las debidas defensa y acusación. Pero no toda omisión da al traste con esta pieza esencial de juzgamiento, que sería sacralizar las formas, cometido ajeno del proceso penal así se inserte éste en estadios institucionales anteriores a la actual Carta Política -art. 228-. Lo que interesa es la formulación, a este respecto, en condiciones de poder establecer la entidad del cargo, así su ubicación o los términos de referencia no sean los más convenientes ni paradigmáticos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8193. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 106 nov. 17/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistas

El fallo de cinco de octubre de mil novecientos noventa y dos, proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en el cual se impuso a Martín Enrique Piragauta

Ayala, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, diez años, seis meses de prisión, se ha recurrido en casación.

En auto de nueve de noviembre del citado año, se admitió la impugnación, y la demanda lo fue en proveído de primero de marzo del año que transcurre.

Se procede a la definición de fondo.

Hechos y Actuación Procedimental

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota al respecto:

"El día 16 de septiembre de 1991, siendo aproximadamente las 7 y 30 de la mañana, en la calle 126A con carrera 40 de esta ciudad, cuando se disponía a encontrarse con su socio comercial Carlos Mario Ughetti Corrales para desplazarse al lugar de su trabajo, fue muerto a consecuencia de varios disparos de arma de fuego en la vía pública Jorge Fernando Bolívar Yepes, por un individuo que instantes después fue capturado por un agente de la Policía Nacional. El aprehendido dijo llamarse Martín Enrique Paraguita.

"...

"El Juzgado Ochenta y Tres de Instrucción Criminal de esta ciudad practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de Jorge Fernando Bolívar Yepes el día dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y uno y recibió el testimonio de Rosa Delia Higuera. Posteriormente el Juzgado Ciento Veintitrés de la misma especialidad ordenó la apertura de la investigación mediante auto del dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

"Escuchado en indagatoria y recibidos varios testimonios le fue resuelta la situación jurídica al procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva con auto que lleva fecha de veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

"Allegados varios testimonios a la investigación, entre ellos el de Carlos Mario Ughetti Corrales, y ampliada la injurada del procesado se cerró la investigación con proveído del veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno, y el treinta y uno de diciembre siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el sindicado bajo la imputación jurídica de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

"Ejecutoriada la resolución calificatoria, el proceso pasó al conocimiento del Juzgado Veintidós Superior, quien avocó conocimiento y abrió el juicio a pruebas con proveído del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y dos, habiendo hecho uso de tal derecho el defensor y el agente del Ministerio Público.

"Aceptadas las solicitudes, el juzgador de primera instancia dispuso oficiosamente la práctica de varios testimonios, como el de Segundo Andrés Martínez Meza o Daza, que fueron citados por el procesado en sus declaraciones no juramentadas, fijando fecha para tal efecto.

"Después de citar en varias oportunidades a los declarantes y recibidos algunos, se amplió, a solicitud del procesado, nuevamente indagatoria en donde narró la visita de que fue objeto por parte de Luis Martínez Meza. Iniciada la audiencia de juzgamiento, ésta

fue suspendida al interponerse un recurso de apelación por parte del defensor ante la negativa del juzgador de decretar la práctica de algunos testimonios solicitados por fuera del término de ley, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior.

"Culminada la vista pública se dictó la sentencia de primera instancia, que después fue confirmada por el sentenciador de segundo grado.

La Demanda

Cargo primero. La sentencia se pronunció en juicio viciado de nulidad, pues no se verificaron las citas del indagado, aspecto trascendental para su adecuada defensa -art. 220-3 C. de P. P. .

La omisión se concreta en el ningún llamado que se hiciera de Segundo Andrés Martínez Meza, persona ésta que el día y hora de los hechos esperaba el procesado y quien pasó en carrera por frente suyo, dejando a su lado un revólver. Y esto se dijo tanto en la inicial versión de indagatoria, como en la ampliación de la misma, referencia desatendida, pues ni siquiera se practicó cuando "la defensa citase los medios conducentes y diera la dirección de donde se podía localizar a los parientes de este señor", pues la negativa a esta última pretensión se cumplió a expensas de "que la actuación probatoria ya estaba precluida".

El recurrente anota que "de haberse verificado esta cita por el sentenciador, otro hubiese podido ser el resultado, por cuanto los hechos narrados por el sindicado en sus injuradas al decir que el responsable de la muerte de Bolívar Yepes no es otro que Segundo Andrés Martínez Meza y eso lo podríamos saber si hubiéramos verificado esta cita. Por inercia se dejó en la impunidad probablemente al verdadero culpable del susodicho homicidio y se condenó a un inocente.

"De haberse verificado esta cita, como lo ordena la ley procesal en su artículo 362, la culpabilidad del hoy sentenciado hubiera sido otra distinta. Tal vez la de su inocencia". Y agrega al final del cargo: "tratándose de hechos fundamentales que giran alrededor de la imputabilidad y la responsabilidad que rozan esencialmente con los descargos del imputado, la omisión en el cumplimiento del referido texto (artículo 384 del Código de Procedimiento Penal) conduce en su integridad a la anulación del proceso sobre la base del artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29) y es por ello que se debe casar la sentencia recurrida por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad".

Cargo segundo. Con apoyo en la misma citada causal se acusa la sentencia como emitida en un juicio viciado de nulidad, pues se afectó el derecho de defensa, respecto del porte ilegal de arma de fuego de uso personal, al ofrecerse una motivación ambivalente y, sobre el punto, transcribe la parte resolutiva de la acusación, que reza: "Primero. Proferir resolución acusatoria en contra de Martín Enrique Piraguata Ayala, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, por el Código Penal en el Libro Segundo, Título XIII, Capítulo Primero, en concurso de las conductas que se hizo alusión en el acápite de Calificación Provisional: en hechos realizados en circunstancias de modo tiempo y lugar reseñados".

Advierte el casacionista la importancia de esta providencia, cuya composición, por lo mismo, está diseñada por el estatuto procedimental, mandato que no fue atendido por

el juzgador de la primera instancia no obstante que en la parte motiva de la resolución comentada se aludió a ese delito, "pero, al concretar los cargos en la parte resolutiva, incurrió el Instructor en error al no concretar los cargos, se limitó a señalar que estábamos frente a un concurso de delitos, siendo éste un error, una nulidad, no sólo legal sino constitucional que invalida todo lo actuado desde el auto que calificó el mérito sumarial, porque al no concretarse los cargos se dificultó el derecho de defensa y además no se podría proferir condena por un delito al cual no se le llamó a responder, se sabía que dentro de la parte resolutiva si estaba el cargo de homicidio, pero no así el de porte ilegal de armas, ya que no basta decir que hay concurso de delitos, sino hay que concretar el cargo, no dejarlo en el limbo, hubo ambigüedad, que a la postre genera una nulidad de rango legal y constitucional.

"El error *in procedendo* en que incurrió el sentenciador es claramente trascendental, en cuanto a que si los cargos por los cuales se le condenó hubieran sido claros, no vagos, no confusos, no merecían reparos, pero cosa contraria sucedió. Que no contiene el pliego de cargos cosa diferente de un homicidio en concreto, así, señores Magistrados, que por las condiciones anteriores analizadas probado está que el pliego de cargos está viciado de nulidad y el sentenciador profiere un auto condenatorio sin advertir semejante abrupto procesal" -transcripción textual-.

Consideraciones de la Delegada y de la Sala

Acompaña toda razón al Ministerio Público cuando al referirse al principio de investigación integral, artículo 333 del C. de P. P., el cual guarda cabal armonía con el artículo 362 *ibidem* (constancias del procesado en su indagatoria y evacuación de las citas que haga), destaca como moderamen de esas previsiones legales el que con ello no se contraríe el objeto de la investigación ni se adviertan fines torcidos o dilatorios, pues de desacatarse orientación de esta naturaleza "se estaría patrocinando la deslealtad procesal, que es uno de los principios que rigen las actuaciones de este tipo".

Esto mismo, palabra más o palabra menos, es lo que ha señalado sobre el tema la jurisprudencia (ver M. P. Ricardo Calvete Rangel, junio 15/93, y M. P. Edgar Saavedra Rojas, junio 16/93). O sea que cuando se advierta la imposibilidad de una diligencia o que ésta obedece, como pretensión de las partes, a un intento por oscurecer con argucias lo que ya se presenta como atendible, así mencionar seres imaginarios, idear sindicaciones inverosímiles, etc., no tiene por qué ceder el instructor ante cometidos de esta índole; y negar su pertinencia o esfuerzo de indagación al respecto no constituye ningún atropello a la defensa sino la justa valoración de una situación que, de dejarse prosperar, no se acomoda a las proyecciones que el sumario persigue sino, por el contrario, a su deterioro y negación.

Los elementos aportados a la averiguación así como la índole de las citas permitirán advertir de qué lado debe moverse el funcionario para cumplir con el dictado de la investigación integral. En estas circunstancias no es difícil pasar sobre añagazas y descubrir el ardid exculpatorio; o, por el contrario, determinar una situación real, grave y seria que merece ser despejada. En el mismo sentido se pronuncia la Delegada, con una acotación certera, cual es la de destacar que lo determinante para imponer la práctica de una prueba es "su real conducencia con lo investigado o la validez racional de sus proposiciones", aspecto fundamental que, de no darse, obliga a descartar la pretensión,

pues no aparece "la importancia de las pruebas omitidas, su relación con los hechos investigados, sus consecuencias particulares a los demás medios de prueba y su necesidad procesal".

El Ministerio Público, en su concepto, tiene ocasión de recordar en este caso la extremada delicadeza de la jurisdicción penal, en orden a no cerrar oportunidades de defensa, llegando en esto, no obstante que había razones para asumir posición distinta, a ordenar la recepción del testimonio de Segundo Andrés Meza o Daza, el desconocido al cual el sentenciado atribuye los disparos y el abandono del arma homicida. -fl. 197-. Pero ni el autor de esta referencia ni su defensor llegaron a suministrar una dirección atendible para localizar a ese sujeto, pues no puede tenerse por tal lo que afirmara Piragauta Ayala, de tratarse del "norte (de Santafé de Bogotá), no me acuerdo al barrio" -fl. 47- o "En la zona norte por la Autopista (se encontraba con Martínez y le realizaba los trabajos), yo llegaba por ahí por la autopista, Autopista Norte, pero direcciones no sé decir, llegaba porque sabía dónde era, él fue y me mostró la casa, o sea el día que fuimos a ver el trabajo" fls. 294/295-; él y su supuesto hermano Luis (que visitara a Piragauta para expresarle condolencias por su situación, a causa injusta del proceder de su consanguíneo -fl. 293-) le comentaron de una propiedad rural de Martínez en la zona esmeraldífera (Muzo y Otanche), y sus viajes a esa región.

Que se insistiera por la defensa, en la audiencia, en la práctica de esta prueba, nada agrega, más cuando la primera y segunda instancias negaron esta pretensión por su extemporaneidad. No debe olvidarse la natural y no desvirtuada ni desvirtuable consideración de tratarse de un inadecuado recurso de exculpación, sobre lo cual persistía la vaguedad sobre el paradero de ese desconocido.

Para cerrar este acápite debe anotarse que la observación fugaz de los hechos por la testigo Delia Pita Higuera, la forma como se produjo la captura del procesado y el propio contenido de la versión suministrada por Piragauta constituyen sobrados argumentos para tener por manifiesta ficción lo relacionado con ese Segundo Andrés Martínez Meza.

El segundo cargo se exhibe igualmente como inaceptable. Nadie niega la trascendencia de la resolución acusatoria, en la redacción del mismo, mediante la cual el procesado y las demás personas intervinientes y partes deben saber y conocer la conducta que se enrostra para poder ejercitar las debidas defensa y acusación. Pero no toda omisión da al traste con esta pieza esencial de juzgamiento, que sería sacralizar las formas, cometido ajeno del proceso penal así se inserte éste en estadios institucionales anteriores a la actual C. Política -art. 228-. Lo que interesa es la formulación, a este respecto, en condiciones de poder establecer la entidad del cargo, así su ubicación o los términos de referencia no sean los más convenientes ni paradigmáticos.

El censor, en la transcripción que hiciera de la parte resolutiva, incurrió en un *lapsus maquinae*, pues omitió transcribir la expresión "por el punible denominado en forma genérica homicidio" -fl.190-, que aparece en la resolución acusatoria, dándose la impresión de que hasta en este punto fue torpe el juzgador. Pero el aspecto no interesa, ya que de lo que se trata es de determinar lo relativo al porte ilegal de armas.

Pues bien, la Delegada tiene ocasión de reproducir más ampliamente el texto de la parte motiva que se refiere al punto controvertido: "...las conductas que define y sanciona el Libro Segundo, Título XIII, que trata de los delitos contra la vida y la integridad

personal; Capítulo Primero, que trata del homicidio, en concurso material; Título V, que trata de los delitos contra la seguridad pública; Capítulo Segundo, que trata de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, del mismo Libro (D. 3664/86, tráfico y porte de armas, explosivos y municiones)". Y en la sección resolutiva, después de señalarse el homicidio se agregó "en concurso de las conductas que se hizo alusión en el acápite de calificación provisional (ya mencionado específicamente); en hechos realizados en circunstancias de modo, tiempo y lugar reseñados".

No se discute la conveniencia de haber determinado más concretamente, en la parte final de ese proveído, lo atinente al porte ilegal de armas, pero esto no quiere decir que la inocua irregularidad lleve su efecto a la heroica y excepcional medida de la nulidad. No. El cargo se formalizó en todos sus detalles y se conoció y controvirtió por la defensa, en la audiencia, aspecto que también destaca la Delegada, con la referencia pertinente.

Así las cosas, el Ministerio Público reafirma esta obviedad, señalando que "no puede sostenerse la imposibilidad de deducir del pliego de cargos el hecho punible de porte ilegal de armas de defensa personal, toda vez que en el análisis conceptual de la conducta en la resolución de acusación y el debate público, se constituyeron en las herramientas idóneas para superar la presunta indefinición del delito echado de menos por el casacionista en la parte resolutiva del pliego de cargos".

Las objeciones se desechan.

En consecuencia, la Corte Suprema, 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 contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION CIVIL / ACCION PENAL / PERJUICIOS

La acción civil que se ejerce en el proceso penal tiene como fundamento el daño privado que se ha causado con la conducta reprochable, lo que da lugar al correspondiente resarcimiento. Esta obligación que nace en cabeza del condenado es diferente de la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicamente tutelados, cuyo carácter es público, por voluntad del legislador que ha querido darles una especial protección por la importancia que representa al interior de la sociedad. / El perjudicado con el ilícito tiene ante sí dos posibilidades: acudir a la jurisdicción civil directamente o hacer lo propio dentro del proceso penal pero delimitando sus intereses privados de los públicos que le pertenecen al Estado, ambas dependen del resultado final pero éste influye en cada cual de manera diferente. / La normatividad penal ha entendido con suficiencia el fenómeno y, por ello, al reglamentar el papel que debe cumplir el actor civil, le coloca mojones que separen su tarea particular de los intereses públicos que mueven al Estado al perseguir el injusto. Cada acto que cumpla dentro del proceso ha de buscar únicamente lo que a su interés privado le concierne, esto es, el reconocimiento del daño causado con la infracción y su justa indemnización. Cuando trascienda esta frontera no tendrá ninguna legitimidad y perderá toda relevancia. Los daños materiales derivados del hecho punible son los que afectan el patrimonio económico de la víctima o sus herederos, cuya cuantificación se realiza teniendo en cuenta el daño emergente (las pérdidas causadas) y el lucro cesante (la ganancia o provecho que deja de percibirse). Los perjuicios morales, en cambio, son aquellos que por su naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas afectan el patrimonio espiritual del individuo, sin trascender su órbita de intimidad, vulnerando así intereses o bienes no valorados económicamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda instancia número 8495

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

Aprobado Acta número 106 (Nov. 17/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la Parte Civil contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante

la cual halló responsable a Dora Moreno Herrera, ex Jueza Primera (1°) Civil Municipal de Suba, de un delito de prevaricato, sancionándola a purgar la pena principal de un (1) año de prisión, más la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal así como al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, habiéndosele concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

El compendio es patrimonio de la primera instancia. Se recuerdan sus palabras:

"1. Relata el litigante en su escrito de denuncia, el que más tarde ratificó bajo la gravedad del juramento (folio 11):

"José Gregorio Roldán Sánchez enajenó a título de dación en pago a Lino Feijoo un automóvil Mazda con placas AR 4702 el primero (1°) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

"En marzo del siguiente año, mil novecientos ochenta y siete (1987), el vehículo le fue decomisado a Lino Feijoo por orden impartida por la Jueza Primera Civil Municipal de Suba dentro de un proceso ejecutivo instaurado por Ernesto Ortiz Arias contra José Gregorio Roldán.

"Como consecuencia de lo anterior, Feijoo otorgó poder al abogado Luis Felipe Canosa Torrado para que promoviera incidente de desembargo en condición de tercero, tal como lo disponía el artículo 687-6 del anterior Código de Procedimiento Civil.

"El abogado efectivamente presentó la solicitud promoviendo el incidente, acompañándola con el documento de traspaso de la propiedad conferido por Roldán a Feijoo con otros documentos e impetrando la recepción de algunos testimonios.

"Como para esa época sólo existían dos Juzgados Civiles Municipales en Suba, el profesional que intentaba representar los intereses del tercero poseedor se equivocó con la denominación del Despacho Judicial, dirigiéndolo al segundo, pero la realidad fue que lo presentó ante el Juzgado Primero, donde se conocía del proceso ejecutivo y la petición se anexó al respectivo expediente, no obstante lo anterior, la titular de ese último juzgado, mediante auto del 30 de junio de 1987, rechazó de plano el incidente. Más adelante, cuando el asunto regresó al Despacho, corregida la inexactitud, la misma funcionaria volvió a rechazar el incidente apoyándose en el artículo 136, argumentando ya se había tramitado incidente similar.

"Interpuesto el recurso de reposición respecto de la última petición, respondió la administradora de justicia mediante auto de julio 27 precisando que el hecho de haber dirigido la petición original a funcionario distinto del que correspondía constituía falta de requisitos formales, razón que imponía su rechazo, y la segunda solicitud no procedía, pues la oportunidad de reclamar el desembargo había precluido al promoverse por primera vez el incidente.

"A mediados de 1988, luego de que el proceso permaneciera estancado, el demandante presenta documento de dación en pago otorgado a él por parte de Roldán al tiempo que reclama del despacho judicial la aceptación de la transacción, el levantamiento de la medida de embargo que pesa sobre el automóvil y la terminación total del proceso por pago total de la obligación.

"La Jueza, al resolver el pedimento, en criterio del quejoso, vuelve a incurrir en comportamiento delictual, pues antes que llamar *ex officio* a Feijoo y suspender términos para que hiciera valer sus derechos, tal como lo disponía el artículo 58 del C. de P. C. de 1970 profiere auto en el que decide dar por terminado el proceso por pago total de la obligación y en consecuencia dispone el levantamiento del embargo.

"A finales del año 1988, cuando el proceso ejecutivo estaba para la revisión en segunda instancia en virtud a recurso elevado por el aquí denunciante, quien había ingresado como nuevo apoderado de Lino Feijoo, la Jueza de Suba expidió constancia en la que decía que la medida preventiva de embargo estaba vigente, cuando lo cierto era que ya mediante proveído de agosto anterior había dispuesto su levantamiento.

"Con tal comportamiento, en sentir del abogado denunciante, la Jueza incurrió en el punible de prevaricato omisivo al abstenerse de dar aplicación al artículo 58 del C. de P. C., vigente para la época de presentación de la denuncia (enero 16 de 1989) ante la evidencia de que existía colusión y fraude en el proceso ejecutivo, pues era evidente que Ernesto Ortiz Arias y José Gregorio Roldán Sánchez se habían puesto malintencionadamente de acuerdo para promover la referida acción civil con la exclusiva finalidad de despojar a Feijoo de su automóvil.

"Igualmente encontró prevaricato activo y omisivo al negarse a tramitar el incidente de desembargo aduciendo falta de formalismos por el hecho de dirigir la demanda a autoridad diferente.

"Y finalmente debe considerársele incursa en el punible de falsedad al expedir las constancias afirmando cuestiones contrarias a la que contenía la actuación adelantada a propósito de la demanda ejecutiva.

"Más adelante, cuando se adelantaba la investigación, mediante escrito que obra a folio 44, amplía la denuncia para adjudicar a la Jueza Primera Civil Municipal de Suba nuevos comportamientos contrarios a derecho; precisa que con fecha 27 de marzo de 1989 libró la funcionaria oficios al F-2 y a las autoridades de tránsito informándoles que por auto del 5 de agosto de 1988 dio por terminado el tantas veces mencionado proceso ejecutivo en virtud a transacción por dación en pago y dispuso inscribir la titularidad del automóvil en favor de ejecutante Ortiz, cuestiones que son totalmente contrarias a la verdad. A este respecto, dentro del mismo escrito pasa a explicar que si bien el actor impetró a la Juzgadora que aceptara la transacción y dispusiera su inscripción como nuevo propietario, ésta respondió mediante proveído donde denegaba los pedimentos por improcedentes".

Sinopsis Procesal

En concepto anterior, el Ministerio Público hizo la síntesis de la etapa instructiva en los siguientes términos:

"Allegadas las actas de posesión de las juezas denunciadas se escuchó en declaración al doctor Luis Felipe Caneva Torrado, representante judicial de Lino Feijoo en la actuación civil, quien refirió los hechos materia de investigación en forma similar a lo expresado en la denuncia que encuentra respaldo en la relación que anteriormente se hiciera del proceso ejecutivo correspondiente. Dijo, además, que en su opinión la Jueza

Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá ha obrado correctamente puesto que no le vio parcialidad alguna, pero sí lanzo la hipótesis de que alguno de los empleados de tal oficina se pueden hallar en contubernio con algún interesado en el ejecutivo, a fin de causar los perjuicios que de él se derivaron. Respecto a la Jueza Primera Civil Municipal de Suba y el sustanciador del mismo Juzgado, estimó que sí tenían intereses en el resultado final del proceso, de acuerdo con charlas que tuvo con ellos cuyo contenido no precisó, expuso además una serie de hechos que, en su criterio, pueden indicar que el proceso ejecutivo no fue más que una farsa para poder despojar a Feijoo de la propiedad del vehículo allí trabado.

"El señor Ernesto Ortiz Arias, actor en el juicio de ejecución tantas veces referido, dijo conocer a su demandado Roldan Sánchez, pero ignorar el lugar de su residencia, el que siempre ha desconocido pese a que ha tenido que demandarlo dos veces por obligaciones insatisfechas de algunos clientes; explicó sí que la dirección que en la demanda figura como correspondiente a Roldán es la fábrica de Luis Eduardo Cruz, acreedor de Roldán, la cual se hizo figurar como del demandado por cuanto allí iba éste con alguna regularidad. Relató los negocios que ha tenido con Roldán Sánchez y aseguró que en su opinión la tramitación del proceso ejecutivo se ajustó a las prescripciones legales; informó además que ante el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal cursa un proceso penal en su contra y de Roldán Sánchez, por los mismos hechos que aquí se investigan.

"El señor Lino Feijoo rindió también declaración jurada y relató en ella la forma como llegó a su poder el automóvil Mazda que se secuestró posteriormente, relevando que el vehículo era de su propiedad al momento de su retención y que, pese a los esfuerzos de sus abogados, no lo pudo recuperar ante las decisiones en un proceso que tildó de complot.

"El Tribunal Superior de Bogotá inició investigación penal en auto del quince de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

"Luis Torres León, secretario del Juzgado Primero Civil de Suba, afirmó que en su concepto el proceso se tramitó de conformidad con las normas legales pertinentes y negó la afirmación que antes había hecho el doctor Canosa Torrado de que estuviera en desacuerdo con las decisiones que se tomaron dentro de la actuación. En la misma línea se encuentra el testimonio de José Wilson Altuzarra, oficial mayor del Juzgado, quien agregó que en varias ocasiones acudió al despacho el abogado incidentante a averiguar si el oficio que pedía las copias para la tramitación de un recurso de queja ya se encontraba en la oficina, recibiendo respuesta negativa porque tal documento no había llegado.

"La doctora Dora Moreno Herrera fue llamada a rendir indagatoria y en esa oportunidad manifestó que el proceso a que se contrae la investigación fue correctamente tramitado; aseveró que la providencia por medio de la cual rechazó el incidente propuesto por el apoderado de Feijoo con el argumento de que anteriormente se había intentado otro tiene respaldo legal en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil y jurisprudencial en providencia de ocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Gómez Uribe, cuyo extracto aportó en fotocopia. Dijo también que al Juez no compete establecer la propiedad de los bienes cuyo secuestro se solicite dentro de un proceso ejecutivo, limitándose su obligación a exigir que el

peticionario preste la caución correspondiente; dentro de esta tónica afirmó que posteriormente se acreditó que el demandado había dado en pago de su obligación el vehículo secuestrado, lo que es legal y posible, razón por la cual aceptó el arreglo de las partes y dio por terminado el proceso. Sostuvo igualmente que dentro del proceso no se encontraba prueba alguna de que sobre el mismo vehículo se hubiera hecho dación en pago anterior, razón por la cual cada tenía que examinar al respecto, afirmaciones estas últimas hechas a raíz de la lectura de la denuncia que realizó la indagada.

"La doctora Myriam Esther Forero de Pardo en su injurada dijo que el mostrar expedientes, hacer oficios, llevar a cabo notificaciones y hacer comunicaciones es función de la secretaría, explicación ésta que dio a propósito de las faltas denunciadas durante el trámite del recurso de hecho a que ya se hizo referencia; por lo demás, sostuvo que al funcionario sólo le compete, en estos casos, decidir si procede o no la impugnación, de donde se ratifica en su legal proceder al declarar desierto el recurso por no haberse aportado oportunamente las copias respectivas. En lo que atañe al rechazo de plano de la apelación que declaró inadmisible, se remitió a lo afirmado por ella en el auto correspondiente, esto es, que la legitimación para interponer apelaciones está concedida a las partes y el recurrente, en el caso de estudio, no tenía tal calidad.

"El seis de agosto de mil novecientos noventa se declaró cerrada la investigación y luego de presentados los alegatos de las partes, se procedió a la calificación del mérito sumarial en auto del dieciocho de abril del año siguiente, según se dejó consignado".

La Corte desató el recurso de apelación confirmando la resolución de acusación contra la acusada por el delito de prevaricato, revocando, además, la reapertura de la investigación que se le hiciera respecto de la imputación por un delito de falsedad, decretando, en su lugar, la cesación de todo procedimiento. Además, ordenó la expedición de copias a fin de que se investigara la posible comisión de un delito de prevaricato por parte de la doctora Myriam Forero de Pardo por haber declarado desierto el recurso de queja interpuesto por el apoderado de Lino Feijoo. Así mismo, la relevó de los cargos que se le atribuían por haber rechazado el recurso de apelación presentado por este profesional contra la providencia que puso término al proceso ejecutivo.

Durante la etapa de la causa se trajeron al proceso sendas fotocopias de las cartillas decadactilares de Dora Herrera y Martha Moreno, a fin de determinar un posible parentesco, de la indagatoria que rindiera el abogado Ernesto Ortiz Arias ante el Juzgado Veinticinco (25) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y del testimonio rendido ante ese mismo Despacho por Martha Moreno; también de la actuación de un proceso ordinario que cursó en los Juzgados Veintinueve (29) y Treinta (30) Civiles del Circuito, promovido por Lino Feijoo contra Ernesto Ortiz.

Fenecida la etapa probatoria de la causa y realizada la audiencia pública, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá condenó a la acusada a purgar la pena principal de un (1) año de prisión como autora responsable de un delito de prevaricato, imponiéndole como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y, además, la obligación de pagar perjuicios materiales en cuantía de trescientos (300) gramos oro. De la misma manera le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, y ordenó la compulsación de copias para que se investigara penal y disciplinariamente a Laureano Quimbay Gómez y José Wilson Altuzarra Amado. Contra esta providencia el apoderado de la Parte Civil interpuso el recurso de apelación.

La Sentencia Impugnada

Luego de hacer un recuento de los cargos que se endilgaron a la acusada en la resolución de acusación, el Tribunal señala que ellos no fueron desvirtuados en la etapa de la causa. Cita a continuación los "nuevos argumentos" expuestos por la sindicada en la audiencia pública, quien aduce que en presencia de dudas por fuerza debió remitirse a los principios generales del derecho en aras de respetar el derecho de defensa y la igualdad de las partes, tomando en consideración que el objeto del procedimiento es la efectividad de las garantías reconocidas por la ley sustancial y no un censurado formalismo. Y si su criterio la llevó a pensar que por tratarse de una demanda debía reunir los requisitos del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, su interpretación analógica debió extenderse al artículo 85 *ibidem* y devolver el asunto señalando el defecto de que adolecía para que se subsanara dentro de los cinco días siguientes.

De otra parte, no acepta el planteamiento de la defensa acerca de la resolución de acusación que en otro proceso se hiciera contra Ortiz Arias y Roldán Sánchez por haber cometido fraude procesal en el proceso ejecutivo en comento. "Es obvio -advierte- que la decisión por adoptar dentro de este protocolo debe fundamentarse en el caudal probatorio aquí mismo recolectado, el que ni siquiera insinúa que el fallo por proferir debe subordinarse a lo resuelto por otros estrados de la judicatura...". De otra parte, por las dichas referencias que el Tribunal tiene de ese proceso, "... se sabe que el cargo surge de los motivos que los llevaron a promover la acción ejecutiva con fundamento en una obligación ficticia, con el único ánimo de despojar a Lino Feijoo de la posesión del vehículo".

Respecto a la discusión que se abrió en la etapa del juicio, al señalar al sustanciador como el redactor y escribiente de los autos que merecieron el reproche penal, y de que la acusada tan sólo conoció con posterioridad al trámite del proceso civil los intereses ocultos que movieron a la persona que le sirvió de consultor, el Tribunal advierte que estos nuevos hechos lo llevan aún más al convencimiento de su responsabilidad penal. Si bien reconoce que Quimbay era al parecer un empleado inescrupuloso, y que intervino de manera directa para sacar avante los intereses ilegítimos de su amigo Ortiz, recuerda que la ex juez "...equivocadamente, temerosa que de no atender el requerimiento resultaría afectada laboralmente, decidió no sólo aceptar la intriga, sino que cuando se presentó el inconveniente de la petición incidental de Lino Feijoo, permitió que la guiara quien tenía definidos intereses en el proceso y así seguir su consejo, cerrando desde el comienzo el camino a aquella reclamación que seguramente entrabaría la pretensión de Ortiz de hacerse de todas maneras a la posesión del automóvil Mazda".

Por tanto, concluye el *a quo*, la funcionaria no "...llamó a consultar a Quimbay porque el asunto se le presentaba dudoso, sino para que meditara cómo superar la dificultad. Desafortunadamente para la justicia, la cuestión les resultó fácil, pues el profesional encargado de tramitar la demanda accesoria, como ya se sabe, se equivocó al dirigir el escrito". Vistos los argumentos para dictar una sentencia de carácter condenatorio, la Sala de Decisión precisa que "...los perjuicios que realmente se han causado a quien se ha constituido en parte civil radican en la necesidad que tuvo, luego del rechazo del incidente, de acudir a otras vías judiciales para demostrar que le asiste derecho a mantener la posesión del rodante, con los naturales gastos en honorarios profesionales y demás costas que apareja la actividad respectiva". En virtud de estas

erogaciones, impone a la acusada el pago en favor de la parte civil de una suma equivalente a trescientos (300) gramos oro, por perjuicios materiales. En lo que se refiere a los de índole moral, considera que el plenario no ofrece los elementos de juicio necesarios que permitan concluir que, como consecuencia de estos actos, Lino Feijoo sufrió una aflicción interna, pues lo que verdaderamente lo afectó fue la retención del vehículo ante orden judicial de embargo y secuestro, decisión cuya legalidad no ha sido cuestionada. Por ello, actualmente se investiga a las partes demandada y demandante para determinar si incurrieron en un fraude procesal.

La Impugnación

Observa el representante de la parte civil que la sentencia se dictó sobre la base de que no existen causales de agravación que afecten la conducta de la procesada, pese a que la providencia reconoce que el móvil del delito fue el de favorecer los intereses de Ortiz. Este hecho indica que la conducta prevaricadora se efectuó por motivos innobles y bajos o fútiles, como reza el numeral 1° del artículo 66 del C. P. A más de ello -si la procesada obró en contubernio con Altuzarra y Quimbay- se configura también la agravante consagrada en el numeral 7°, y si habiendo tenido oportunidad de desembargar el automóvil, como era su deber, se negó a ello y prolongó indefinidamente los perjuicios de Feijoo, hizo más nocivas las consecuencias del delito, circunstancia que contempla el numeral 10. También considera que se le debe aplicar el numeral 11 por su calidad de juez y el 12 porque el punible cometido "...no fue más que el inicio de una conspiración urdida para privar a Lino Feijoo de la posesión de su automóvil". Solicita, en consecuencia, se revoque la decisión impugnada, imponiéndole a la encartada la pena que en realidad le corresponde.

Su próxima inquietud es la hipótesis formulada por el *a quo* sobre el destino que pudiera haber tenido el incidente de desembargo en el evento de que la funcionaria lo hubiese admitido, pues, a juicio de la Corporación, no necesariamente habría sido favorable. Al respecto, el recurrente observa que al promoverse el incidente se le presentó a la jueza prueba documental de que Roldán le había vendido el automotor a Feijoo. Además, había un informe policial que daba cuenta del hallazgo del carro en poder de Feijoo y en este orden de cosas, la Dra. Moreno Herrera debió acatar el mandato del artículo 687 del C. de P. C. que ordena levantar el embargo en tales circunstancias. Sobre el particular pide que la Corte haga la correspondiente precisión.

Una tercera crítica al fallo recurrido estriba en que pese a que la Corte ordenó compulsar copias para investigar a Quimbay y Altuzarra, no se tuvo en cuenta la agravante contenida en el artículo *ibi*-7, dedicándose a continuación a desmenuzar las intrigas de Quimbay para luego relatar los avatares del proceso en la segunda instancia, dándole, además, razón a la Sala por ordenar investigar a la titular del Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito.

Finalmente indica con vehemencia que en la providencia no se esgrimieron las razones ni se citaron las disposiciones legales por las cuales no se condenó a la procesada al pago de los perjuicios materiales derivados del costo del alquiler de un vehículo similar al de su cliente, dejando entrever que estos perjuicios se están cobrando al abogado Ortiz Arias y a Roldán en otro proceso, pese a que el artículo 55 del C. de P. P. ordena condenar

en perjuicios y liquidarlos, "en todo proceso penal". Considera que la "demostración es muy clara", pues la acción ha debido tomarla desde el treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987). "El Tribunal niega esta condena diciendo que el auto que ordenó el embargo sí era legal, que no ha sido cuestionado. Pero ante el auto del 30 de junio nada dice ..", quebrantando con ello los artículos 2341, 1568 y concordantes del C. C. De la misma manera está incurriendo en "Idénticas violaciones" cuando absuelve a la ex jueza por los perjuicios morales, olvidando todo lo que sobre la prueba indiciaria (artículo 300) dispone el estatuto procesal penal.

Solicita, por tanto, que se reconozcan las circunstancias agravantes descritas, que el meollo de la cuestión radica en la negativa del desembargo y la respectiva restitución a que tenía derecho su poderdante, que la procesada debe ser condenada al pago de los perjuicios causados con la infracción y no solamente al de los honorarios que ha tenido que pagar para rescatar su automóvil y, por último, que debe ser sancionada a pagar los perjuicios morales.

La Corte

I. La Impugnación

1. La acción civil que se ejerce en el proceso penal tiene como fundamento el daño privado que se ha causado con la conducta reprochable, lo que da lugar al correspondiente resarcimiento. Esta obligación que nace en cabeza del condenado es diferente de la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicamente tutelados, cuyo carácter es público, por voluntad del legislador, que ha querido darles una especial protección por la importancia que representan al interior de la sociedad. Así, pues, que en presencia de una conducta prohibida, el Estado, en interés de la comunidad, impone una sanción punitiva determinada, al tiempo que una reparación civil del daño que el delito ha causado a la víctima del hecho punible.

El perjudicado con el ilícito tiene ante sí dos posibilidades: acudir a la jurisdicción civil directamente o hacer lo propio dentro del proceso penal pero delimitando sus intereses privados de los públicos que le pertenecen al Estado. Ambas dependen del resultado final pero éste influye en cada cual de manera diferente.

2. La normatividad penal ha entendido, pues, con suficiencia el fenómeno y por ello, al reglamentar el papel que debe cumplir el actor civil, le coloca mojones que separen su tarea particular de los intereses públicos que mueven al Estado al perseguir el injusto. Cada acto que cumpla dentro del proceso ha de buscar únicamente lo que a su interés privado le concierne, esto es, el reconocimiento del daño causado con la infracción y su justa indemnización. Cuanto trascienda esta frontera no tendrá ninguna legitimidad y perderá toda relevancia.

3. En el caso del asunto en estudio, la parte civil -rebasando los lindes que le impone su interés personal- discute el monto de la pena simplemente porque no le satisface. A su modo de ver, cuatro circunstancias genéricas de agravación punitiva son aplicables a la procesada. La Sala no se explica en qué puede afectar sus intereses económicos, esto es, el monto de los daños y perjuicios, el que no se le haya incrementado la pena por obrar con la complicidad de otro, o por la posición distinguida que ocupa en la sociedad, o por

los motivos innobles o fútiles o para asegurar la impunidad de un fraude procesal o una estafa. Una condena mayor -como claramente se observa- no produciría indefectiblemente un incremento en la condena por perjuicios hecha por el *a quo*. La sinrazón de la impugnación, en este punto, es evidente.

4. Lo propio puede decirse del segundo motivo de inconformidad sobre los posibles resultados del incidente de desembargo en el evento de que la Jueza lo hubiese admitido. El Tribunal, esgrimiendo un argumento *a fortiori*, plantea una hipótesis caprichosa, esto es, que no necesariamente el trámite del incidente le hubiera reportado éxito a su promotor. Como bien se ve, no es un argumento de fondo que permita edificar la responsabilidad de la procesada o disminuir el juicio de reproche. Simplemente es un razonamiento adicional que en nada cambia la decisión final. Polemizar sobre un tema que se caracteriza por su intrascendencia tampoco le trae un especial beneficio al recurrente, quien busca, no una regulación de los perjuicios más acorde con sus intereses, sino una aclaración de que el incidente, de haberse aceptado, necesariamente habría favorecido a su cliente. El tema es cortical, apenas aledaño, pues el juicio de desaprobación que se le hace a Dora Moreno Herrera versa sobre dos proveídos que contrariaron flagrantemente la ley, sin importar para el caso, qué hubiera sucedido en el supuesto planteado por este sujeto procesal. Como en el anterior motivo de inconformidad, una aclaración sobre el particular -nimia, por lo demás- no abrirá las posibilidades de un incremento en la condena que se le hizo a la procesada por los perjuicios causados a Feijoo. El razonamiento no sólo se rechaza por su misma inanidad sino también y lo que es más importante, por haber traspasado los límites propios del rol que debe cumplir la parte civil.

5. Tampoco el tercer planteo encuentra eco en la Sala. Partiendo de la compulsación de copias que se ordenara para investigar a Quimbay y Alfozarra, por un lado, y a la jueza de segunda instancia; por el otro, el recurrente de nuevo critica el que no se le hubiese impuesto a la sentenciada la agravante por haber actuado con la complicidad de otro, dedicándose luego, como sustento de sus afirmaciones, a relatar las andanzas de Quimbay. Basten las reflexiones que se hicieran en el primer punto para responder a estas afirmaciones.

6. Finalmente, el impugnante concreta su pensamiento a controvertir el pago de los perjuicios ocasionados con el delito. Sobre los perjuicios materiales, rechaza el que únicamente se hubieran tenido en cuenta para su cálculo, los gastos en que incurrió la víctima para hacer valer sus derechos en los estrados judiciales, omitiendo lo atinente al costo del alquiler de un vehículo similar al de Feijoo. Sobre los de orden moral, discurre de esta manera. "Parece que el Tribunal supusiera que si a uno le vulneran su derecho robándole el automóvil de su propiedad, debe ser mucha la alegría que siente. Y que, en caso contrario, si lo que sintió fue aflicción y dolor moral, debe probarlo".

Este especial argumento del recurso, que se relaciona exclusivamente con el monto de la indemnización económica que la parte civil pretende, es el que definitivamente le otorga auténtico interés jurídico para apelar, otorgando de contera competencia a la Corte, como juez *ad quem*, para revisar solamente este aspecto impugnado, tal y conforme lo ordena la preceptiva del artículo 34 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 217 del C. de P. P. Con la salvedad de que esta norma contiene que es la de no hacer más gravosa la situación del procesado si éste es recurrente exclusivo. Aquí, el único apelante

es el apoderado de la parte civil, cuya legitimidad para recurrir proviene de la discusión exclusiva del único tema que le atañe, el de los perjuicios causados con la infracción.

Ahora, como la obligación de pagar los daños y perjuicios ocasionados con el delito deviene como necesaria consecuencia de la atribución de responsabilidad, prioritaria se presenta la revisión de la sentencia de primera instancia en cuanto tiene que ver con este medular aspecto, pues sólo si se le encuentra adecuadamente probado, habrá lugar a la revisión del monto de la indemnización pecuniaria que se pretende.

II. Del Monto de los Perjuicios Ocasionados con el Delito

a) Los daños materiales derivados del hecho punible son los que afectan el patrimonio económico de la víctima o sus herederos, cuya cuantificación se realiza teniendo en cuenta el daño emergente (las pérdidas causadas) y el lucro cesante (la ganancia o provecho que deja de percibirse). Los perjuicios morales, en cambio, son aquellos que por su naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas afectan el patrimonio espiritual del individuo, sin trascender su órbita de intimidad, vulnerando así intereses o bienes no valorables económicamente;

b) En el caso concreto, la parte civil estableció como perjuicios materiales "la privación del uso de su automóvil". Para cuantificarlos toma como base lo que cobra diariamente una empresa de arrendamiento de automóviles. En cuanto a los morales, citó el dolor de ver disminuido su patrimonio, la burla y defraudación de sus intereses, así como la indiferencia y pasividad de las funcionarias encargadas de resolver el asunto;

c) Tanto el Ministerio Público (la etapa instructiva se realizó en vigencia del anterior estatuto procedimental) como la Parte Civil no se esforzaron en procurar la práctica de pruebas tendientes a la comprobación concreta del daño inferido, de tal manera que, con estos elementos de juicio, los peritos pudieran determinar en el dictamen su cuantía y razón de ser. Su misión se circunscribió a demostrar la responsabilidad de la acusada. Es claro, entonces, que al no existir dentro de la actuación fundamentos suficientes para fijar el monto respectivo por medio de un experto en la materia, el Tribunal, por fuerza, debió acudir a la facultad discrecional que le otorga el artículo 107 del C. P., tasándolos con prudencia y buen juicio, teniendo en cuenta, entre otros factores, "la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible";

d) El Tribunal rechazó por exagerada la petición de la parte civil de cuantificar el monto de los perjuicios materiales con base en el arrendamiento comercial de un automóvil similar. Su juicio es acertado. Si por la carencia del rodante y teniendo en cuenta su profesión, el perjudicado se hubiera visto obligado indispensablemente a emplear otro vehículo para su movilización, tendríase que admitir el interés que le asiste para demandar este reconocimiento. Y es que para demostrar la denominada por la doctrina responsabilidad aquiliana o extracontractual menester es probar no sólo la responsabilidad del autor del daño inferido, sino también el perjuicio mismo y la relación de causalidad existente entre ambos. Y bien: mirada la realidad procesal nada conduce a indicar que el carro era una herramienta indispensable en su trabajo, ni que profesionalmente dependiera de la utilización del mismo. Recuérdese que, según se alegó en el proceso, el bien fue enajenado a Feijoo a título de dación en pago por José Gregorio Roldán Sánchez. Por

ello, la lesión material causada a sus intereses económicos debe consultar este hecho, esto es, la posesión del automóvil que no pudo usufructuar, añadiéndose a ello la destinación de recursos y erogaciones para recuperarlo por la vía judicial.

Respecto a que el vehículo hiciera parte de su patrimonio, es una afirmación que no ha sido probada judicialmente. Al expediente se agregaron copias informales (fls. 194 y ss.) de dos fallos, uno del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y el otro del Juzgado Treinta Civil del Circuito de la misma ciudad, que rechazan las pretensiones de Feijoo de imponer a Roldán y Ortiz la obligación de restituirle la posesión del automóvil mediante su entrega o su equivalente en dinero en el evento de que esto no fuera posible;

e) Sobre los avatares de la jurisdicción civil en torno a los presuntos derechos que posee Feijoo sobre el automotor, razón le asiste al Tribunal cuando advierte:

"...en manera alguna puede considerarse que si la Jueza hubiere admitido, como era lo jurídico, dicho incidente, el resultado hubiere sido necesariamente favorable para el tercero. Al respecto no sobra advertir que acudiendo Lino Feijoo al trámite civil ordinario para lograr la anotada restitución del bien, a la fecha se ha surtido gran parte de ese proceso y sin embargo las decisiones de la jurisdicción le han sido adversas. Aún más, también se está persiguiendo el resarcimiento de perjuicios por la conducta del abogado Ortiz y el particular Roldán en cuanto a la misma iniciación del trámite ejecutivo, en cuanto que se debate allí la no existencia de causa legítima de los títulos valores presentados como soportes de la ejecución ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Suba";

f) No puede predicarse, por tanto, que su patrimonio se haya visto afectado, por lo cual no es dable imponer una condena a este título. Tampoco quedó establecido si Feijoo continuó pagando las cuotas que se le debían a la concesionaria que se lo había vendido a Roldán, como aparece en el documento que plasma la dación en pago. Empero, no sucede lo propio con los esfuerzos que ha realizado ante la administración de justicia para que se radique en su cabeza la posesión del vehículo. Ha habido erogaciones monetarias, pago de honorarios profesionales, etc., que lo hacen, sin duda, merecedor a su resarcimiento, como correctamente lo reconoció el Tribunal. Acertada, por consiguiente, resulta la decisión de condena al pago de trescientos cincuenta (350) gramos oro, mereciendo por ello la confirmación de rigor;

g) Respecto a los perjuicios morales la Sala disiente del Tribunal sobre la ausencia de elementos de juicio que permitan pensar que la actuación ilícita de la Jueza no le hubiese significado algún tipo de aflicción a Feijoo. No exige la ley cuando de daño moral se trata demostración a través de un específico elemento probatorio. Y no podría serlo, dada su naturaleza y consecuencias eminentemente subjetivas. Su tasación, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 106 del Código Penal, se hará "teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido".

Las personas poseen algo más que un patrimonio crematístico, unos valores inmateriales que no atañen en modo alguno al patrimonio económico que lo constituyen los atributos de su personalidad cuya lesión alcanza al individuo en sus sentimientos; o, si se prefiere, en su parte afectiva o espiritual. Es el daño moral cuya reparación puede intentarse de manera simbólica, pero cuyo reconocimiento dinerario jamás presenta un estimativo verdaderamente compensatorio.

En el acto subexamen es innegable que la rectitud y corrección como Lino Feijoo instauró la correspondiente acción ante la justicia civil y la esperanza que albergó de obtener y alcanzar un fallo en derecho, esto es, dentro de los preceptos regulares establecidos por la ley, se vieron defraudadas y turbadas al máximo como consecuencia directa de las conductas prevaricadoras adoptadas por la doctora Moreno Herrera. Injustamente se le rechazó el derecho a promover el incidente que ya se conoce, se menospreciaron abiertamente sus intereses y se le negó, *ex profeso*, de manera intencional, una vez y otra, la protección jurídica que demandaba.

No sería juicioso desconocer en este caso específico una lesión espiritual y un agravio moral por la pérdida de la fe en la justicia, por la burla de que fueron objeto sus pretensiones jurídicas y por la forma inmoral y paladinamente arbitraria como la jueza acusada expidió los actos ilegales, lo que debió repercutir en su alma, sus afectos y sus sentimientos. Y tiene la Judicatura la obligación de sostener firmemente que en supuestos parecidos al actual las actuaciones judiciales desviadas que perturban el desarrollo de una sana función judicial ocasionan aflicciones, pesadumbres y depresiones anímicas que merecen ser reparadas dentro de lo posible en defecto de plena prueba.

En este orden de cosas, haciendo uso de la facultad discrecional que otorga el artículo 106 del C. P., y buscando con su tasación la justa satisfacción autorizada por la ley, la Sala señalará como monto total de los perjuicios morales el equivalente a cien (100) gramos oro.

III. El Fallo de Primera Instancia

a) Atendibles aparecen las razones que llevaron al Tribunal a proferir un fallo de carácter condenatorio contra la ex jueza Dora Moreno Herrera, por haber dictado decisiones manifiestamente contrarias a la ley -dado su innegable contenido de injusticia y arbitrariedad- en detrimento de los intereses de Lino Feijoo. La conducta comportamental, objeto de investigación, se subsumió dentro de las previsiones legislativas del artículo 149 del Código Penal que contempla el delito tipo de prevaricato por acción;

b) La etapa de la causa se realizó sin que la prueba de cargo sufriera desmedro. Subsistieron inmutables los cargos basados en la lectura de las reprochables decisiones, la propia normatividad y las explicaciones de la funcionaria acusada, que mostraban su acomodo tercero y malicioso a unos intereses extraños a la juridicidad, al deformar el contenido del mandato legal para evitar que un tercero que alegaba derechos posesorios y pretendía hacerlos valer se hiciera presente en un proceso ejecutivo tramitado en su Despacho;

c) La defensa -material y técnica- introdujo variantes al través de la Audiencia Pública: disculpar el comportamiento que motivó la resolución acusatoria en un presunto error sobre el tipo. Se obró con el convencimiento de que se actuaba de manera sana y legal. La buena fe es el argumento mayor. Ello porque la imputada sólo después de suscritas las dos decisiones cuestionadas supo que su consultor Laureano Quimbay Gómez era a su turno compadre y amigo del demandante Ernesto Ortiz Arias, a quien incluso había acompañado al despacho judicial cuando allí quedó radicado el conocimiento del proceso ejecutivo para pedir a los empleados un especial tratamiento en su trámite. Además -advera la defensa- las providencias cuestionadas no fueron redactadas ni escritas por la funcionaria, pues esa tarea corrió por cuenta exclusiva de Wilson Altuzarra, quien para entonces figuraba como sustanciador del Juzgado Primero Civil Municipal de Suba;

d) El planteamiento defensivo en cuanto a un posible obrar dentro del llamado error de tipo necesariamente tiene que analizarse a la luz de las previsiones del numeral 4º del artículo 40 del C. P. "Defínese esta especie de error o estado de conciencia -tiene dicho la Corte- como la que recae sobre los caracteres o circunstancias que componen el tipo legal como sobre sus elementos normativos a diferencia del error de prohibición que tiene que ver con la significación antijurídica de la conducta o injusto de hecho por creer el autor que éste no está prohibido o por creerse legitimado para hacerlo. Destaca Jescheck que el error sobre el tipo descansa en un sencillo principio fundamental, a saber: 'puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo' (cfr., Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1983, vol. I, pág. 472). Esta regla permite declarar dos cuestiones fundamentales de frente a la responsabilidad dolosa: que se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos objetivos del delito de que se trata, y que tales presupuestos hayan sido captados por el dolo del autor" (Sentencia de Unica Instancia de octubre 4 de 1993. Magistrado Ponente: Doctor Valencia Martínez).

Y bien:

En el presente asunto no encuentra la Sala sustento alguno para predicar ausencia de culpabilidad porque la funcionaria se hubiera equivocado en la escogencia de la norma que debía por ley regir el trámite incidental, o porque se hubiera tratado solamente de una desafortunada interpretación de un precepto legal. No. Lo que surge probado con certeza legal es que sus decisiones se orientaron consciente y voluntariamente a contrariar los dictados de la ley con la inequívoca intención de impedir la presencia en el expediente del tercero incidental, lo que entrabaría el trámite de un proceso ejecutivo para el cual Laureano Quimbay -su consultor- había solicitado gestión preferencial y donde éste mismo no dudó en remitir al sustanciador del Juzgado a cargo de la doctora Moreno Herrera un manuscrito contentivo del sentido de una de las decisiones por adoptar que, en últimas, lo fue con el resultado conocido: hacer nugatorio el derecho del tercero poseedor del automotor embargado;

e) Dentro de este contexto, conviene hacer referencia a una respuesta que la doctora Dora Moreno Herrera suministró durante el interrogatorio propio del debate público. Allí se la inquirió sobre la razón que le hubiera asistido para considerar como requisito formal la mención del Despacho al cual se le dirigía la petición del incidente, respondiendo que había acudido a las previsiones del artículo 75 del C. de P. C., vigente para cuando los hechos ocurrieron, cuya preceptiva contenía los requisitos mínimos de toda demanda civil.

Una explicación tal sería absolutamente atendible, si la interpretación analógica se hubiera proyectado hacia la norma que permite a las partes corregir el yerro dentro del perentorio plazo de cinco días (artículo 85 del C. de P. C., que regía para la fecha de los hechos). Pero ello no ocurrió así, lo que de contera releva que se acudió a una interpretación amañada, utilizando lo que perjudicaba al incidentante e ignorando lo que podía favorecer sus intereses. Se trata, por tanto, de un deleznable argumento sin poder para afectar el juicio de desaprobación que se le atribuye;

f) Como bien lo destaca el Tribunal, las pruebas obtenidas en la etapa de la causa, entre ellas, la declaración que Laureano Quimbay Gómez rindió en un proceso ordinario

que se tramitaba en otro despacho judicial y la ampliación de la declaración de José Wilson Altuzarra Amado lograda durante el debate público, lejos de lograr el efecto pretendido por la defensa, lo que aumentan es el grado de certidumbre sobre la conducta marcadamente dolosa de la ex jueza. Esta Sala comparte íntegralmente el siguiente razonamiento, al través del cual el *a quo* da respuesta a ese argumento defensivo:

"Se dijo, finalmente, que frente a los elementos de juicio nuevos que aparecieron en la etapa de la causa, no es posible predicar que la administradora de justicia procesada es responsable del comportamiento delictivo que se le ha endilgado objetivamente, al surgir evidencia, de una parte, que quien redactó y escribió los autos que motivaron reproche penal fue Wilson Altuzarra en su condición de sustanciador de la oficina judicial y, por sobre todo, porque la inculpada no conoció durante el trámite del asunto civil, sino mucho después, los intereses ocultos que movieron a la persona a quien ella consultó para aconsejarle a resolver la actuación incidental de manera que satisficiera sus propios intereses.

"Sin embargo, el análisis sereno de estos nuevos elementos probatorios lleva a la Sala a conclusión totalmente contraria a la que plantea la defensa, al punto de considerar que aquella inferencia grave sobre la culpabilidad, que obtuvo de la valoración conjunta de los medios de prueba que obraban en la actuación judicial cuando se ocupó de la calificación, se toman ahora en evidencias absolutas acerca del móvil que llevó a la funcionaria a proveer de manera tan incorrecta";

g) Cabe resaltar de inmediato la versión que en audiencia pública rindiera Wilson Altuzarra, porque ciertamente a partir de sus explicaciones lo que se obtiene es la certeza de que la funcionaria acusada desde el momento mismo en que se presentó el incidente de marras estuvo suficientemente enterada de que su asesor Quimbay Gómez tenía interés en el proceso ejecutivo iniciado por demanda de Ernesto Ortiz Arias, no sólo porque aquél había hecho recomendación expresa del asunto sino porque frente a la formulación del incidente había elaborado un proyecto de providencia orientado a impedir la intromisión de un tercero que entrabaría el adelantamiento del ejecutivo. Al respecto, de su declaración se tiene:

- Cuando se promovió la acción ejecutiva, "...el doctor Laureano Quimbay estuvo en el juzgado ...acompañado de ...Ernesto Ortiz, nos lo presentó al Secretario ... y a mi persona .. y que nos pedía el favor que si se lo podíamos agilizar (el proceso, se aclara)...".

Al preguntársele si sobre ese tópico había hablado con la doctora Dora Moreno Herrera, responde: "Sí le comentamos pero fue un comentario que no pasó a mayores".

Luego agregaría que el demandante, en el proceso ejecutivo, a fin de obstruir el trámite incidental de desembargo del automotor, le presentó "...un escrito elaborado por el doctor Laureano Quimbay donde se hacía un borrador de cómo se podía en un momento determinado resolver la reposición interpuesta...". Al comentar esta ocurrencia a la funcionaria ahora acusada, ella le manifestó que iba a hablar con el doctor Quimbay para ver si era cierto lo que decía en el manuscrito que le habían entregado, agregando que la confirmación telefónica sobre la autoría del borrador fue hecha a la doctora Herrera por el propio Quimbay.

Es cierto que luego de tan tajantes afirmaciones, el deponente trata de componer lo dicho, sin éxito, desde luego, anotando que no bubo tal escrito elaborado por Quimbay

y que ningún comentario hizo a la funcionaria sobre el encargo del consultor del Juzgado para el trámite preferencial del proceso ejecutivo, enterándola del compadrazgo y amistad existente entre Quimbay y el demandante Ortiz, sólo posteriormente y por razón de la presente investigación;

h) Una conclusión surge obligada y es que ninguna afectación en la prueba de cargo se produce por la declaración del sustanciador Altuzarra y tampoco por aquella que en otro despacho judicial rindiera Quimbay. Es que lo manifestado conjuntamente por la acusada y el testigo Altuzarra no les restan, pero ni siquiera en principio, la fuerza incriminante a las razones que se tuvieron en cuenta para imputarle el delito. Tampoco lo dicho por Quimbay autoriza un desplazamiento de la responsabilidad atribuida a la funcionaria hacia los empleados que colaboraron en la elaboración de las decisiones que hicieron nugatorio el derecho del tercero incidental. Porque en tal oportunidad, la funcionaria ordenó la elaboración de los proveídos prevaricadores así no los hubiera redactado personalmente, interpretando torcidera y acomodaticiamente la normatividad procesal civil vigente para entonces, en orden a impedir que se entrabara -con la presencia de un tercero- el trámite del proceso que su consultor y a su vez compadre y amigo del demandante había recomendado especialmente;

i) Tampoco puede tener virtualidad suficiente para enervar el compromiso penal de la doctora Dora Moreno Herrera el hecho de que se tenga noticia sobre la resolución acusatoria que por fraude procesal se profirió contra quienes iniciaron la acción ejecutiva (el abogado Ernesto Ortiz Arias y su poderdante José Gregorio Roldán). Los cargos que se hacen a esas personas -según las referencias que el proceso guarda- se circunscriben a los motivos que tuvieron para accionar ejecutivamente a fin de despojar a Lino Feijoo de la posesión del vehículo automotor, presentando como título de recaudo una obligación ficticia. El comportamiento que se carga al haber de la funcionaria acusada -como bien se sabe- tiene relación exclusiva con providencias manifiestamente contrarias a la ley que dentro de ese proceso ejecutivo profirió, a partir de la formulación del incidente de desembargo. Por tanto, no se ve en qué pueda influir la suerte procesal que han corrido aquellos sindicados frente a la conducta de la funcionaria que se concreta a actos propios de su órbita funcional, absolutamente independientes, tal como la realidad histórica lo pone de presente. El actuar atribuido a los particulares que dieron origen al proceso ejecutivo dentro del cual, ciertamente, se adoptaron estas decisiones no puede tener la íntima relación que se pretende: la exoneración de responsabilidad de la funcionaria frente a la deducción de responsabilidad de aquellos sujetos;

j) Así las cosas, acertada resulta la conclusión del Tribunal luego de la evaluación integral de los elementos de juicio que conforman el proceso. La jueza, consciente y voluntariamente, dictó dos providencias contrarias a la normatividad procedimental civil -una que rechazó de plano un incidente de desembargo por un intrascendente error en la denominación del despacho judicial al cual se dirigía y otra que negó el trámite luego de corregido el yerro- con el insólito argumento de su improcedencia por tratarse de incidente similar, todo con la proclive intención de favorecer los intereses de una de las partes en desmedro de los derechos del tercero incidental. Razón le asiste al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando anota: "La deficiente fundamentación de la decisión al rechazar de plano el incidente y lo equivocado y torcido de la segunda que resolvió el recurso demuestran a esta oficina que la funcionaria perseguía inequívo-

camente la finalidad de no aceptar al señor Lino Feijoo en la defensa de sus intereses, por encima de las disposiciones constitucionales y legales que lo amparaban, negándole la oportunidad procesal que tenía de proteger los derechos que había derivado de una relación anterior lícita y aceptable". Su función de administrar justicia la reemplazó, pues, la doctora Dora Moreno Herrera por la de resguardar los torcidos objetivos de un particular, con indudable alejamiento de sus deberes funcionales. Una sentencia adversa a sus pretensiones es la correcta respuesta del Estado. Por ello merece la confirmación correspondiente el fallo de primera instancia;

k) Resta por analizar lo concerniente a la punibilidad. Examinados los hechos que dieron origen a la presente investigación, así como el rol que cada uno de los protagonistas cumplió en ellos, encuentra la Sala a Dora Moreno Herrera una persona débil, incapaz de mostrar su autoridad, carente de una sólida formación jurídica, permeable a las influencias de personas con mayor capacidad intelectual, preocupada únicamente por mantenerse en el cargo a costa de cualquier tipo de influencias. Fue así como cedió a los requerimientos de quien en la práctica manejaba el Juzgado a su amaño (Quimbay), sin importarle su rol de administradora de justicia, pues, según su propiedad moral y su maleable personalidad, estos favores le permitirían ganarse la estima de Quimbay, personaje cercano a su magistrado nominador. El mínimo de la pena que dispone el artículo 149 del Código Penal es una sanción justa frente a estas circunstancias. También la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. De igual manera la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y, por ende, el término de prueba de dos años. La Corte considera que su permanencia en el seno de la sociedad es el ambiente adecuado para que reflexione sobre su reprochable proceder y retome el sendero correcto. Ponderación y justeza se observan en la decisión del Tribunal y por ello merece cabal confirmación, excepto en lo atinente a los perjuicios, de acuerdo con lo expuesto en precedencia.

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:

Confirmar la providencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, excepto en lo referente a los perjuicios morales, para lo cual se adiciona el numeral segundo de la providencia impugnada en el sentido de imponer a la procesada Dora Moreno Herrera la obligación de pagar por ellos la suma de cien (100) gramos oro, en favor de Lino Feijoo Alvarez, en el plazo establecido por el *a quo* para hacer lo propio con los perjuicios materiales.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION / CASACION DISCRECIONAL

El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna. / Como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de manera que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia. / Siendo la casación un recurso extraordinario, los fallos contra los cuales procede están previstos de manera taxativa, y por la propia naturaleza del derecho procesal, no es posible, so pretexto de una interpretación extensiva, pretender aplicarlo contra decisiones que la ley no ha señalado. / Si bien por la vía de la casación excepcional es posible que la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, acepte el recurso para casos distintos de los ya mencionados en el inciso 1º del artículo 218 *ibidem*, la excepción se refiere a la cantidad de pena exigida, en cuanto la pena privativa de la libertad señalada para el delito puede ser inferior a seis años, y en cuanto al funcionario que dictó la sentencia, que puede ser un Juez del Circuito, pero en ambos casos siempre que se trate de un proveído de segunda instancia, pues no existe en materia penal la casación *per saltum*, y cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 4083. Única instancia.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 107.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por los doctores Alvaro del Valle Oviedo, Eduardo Ignacio Lucero Acosta, Dairo Sosa Cárdenas y el defensor de este último contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el ocho (8) de septiembre del año en curso, por el delito de prevaricato, en la cual les impuso pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y les concedió la condena de ejecución condicional.

Fundamentos de la Impugnación

a) De conformidad con lo normado en el artículo 29 de la Constitución Política, no puede haber decisiones y menos sentencias inimpugnables, mandato de ineludible cumplimiento, ya que hace parte del debido proceso aplicable a todas las actuaciones judiciales y teniendo en cuenta que la sentencia dictada en primera instancia por la Corte no es susceptible de otro recurso, debe procederse a admitir el extraordinario de casación,

b) Resulta inaceptable para la jurisprudencia y los propios intereses de los procesados que no se admita el recurso, interpretando el artículo 218 de manera restrictiva, porque si bien es cierto que no contempla las sentencias proferidas en única instancia, tampoco existe prohibición expresa en tal sentido "y lo que no está prohibido por la ley está permitido; pero aún más, es debido tener en cuenta que cuando estos vacíos legislativos ocurren o se dan otras difíciles u oscuras situaciones procesales, la misma Constitución Nacional en su artículo 4° dice que ella es norma de normas y que en caso de incompatibilidades con la ley u otra norma se aplicarán las disposiciones constitucionales en sus artículos 228 y 230 enseña, que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial y que la equidad y la jurisprudencia son criterios auxiliares de la actividad judicial, presupuestos constitucionales que no llegan a tener pleno desarrollo y comprobación en el trámite de un proceso mediante el agotamiento de todos los recursos judiciales posibles y el ejercicio del derecho de impugnar una sentencia; de ahí, no sólo la viabilidad jurídica del recurso extraordinario interpuesto...".

3. Solicitan que en caso de "no admitirse el recurso extraordinario de casación penal interpuesto en el proceso y sentencia condenatoria referenciados bajo los planteamientos esbozados a la luz de la Constitución Nacional, respetuosamente solicitamos que dicho recurso sea admitido de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal o sea por excepción". Fundamenta su pretensión en los siguientes puntos:

a) La sentencia dictada dentro de las presentes diligencias es una de las primeras que se profieren en un proceso de única instancia en la honorable Corte bajo el régimen acusatorio "de creación Constitucional no únicamente legal (...) todas y cada una de las actuaciones procesales ante la explicitud de la Constitución y las leyes, ineludiblemente debieron cumplirse dentro del marco de esos mandatos";

b) En la audiencia pública celebrada dentro de este proceso, no asistió en forma personal el Fiscal General de la Nación, incumpliendo con lo preceptuado en el artículo 251 numeral 1° de la Constitución Política, mandato que es perentorio, inequívoco e indelegable y no puede ser suplido por otro Fiscal como ocurrió en este asunto;

c) Como en el debate público el representante de la Fiscalía solicitó la absolución, esto indicaba que en su calidad de acusador retiraba los cargos o los declaraba infundados; por lo tanto, el ente juzgador, en este caso la Corte, "estaba obligado a respetar esa decisión" procediendo a absolver a los inculpados, o devolver el proceso a la Fiscalía correspondiente para que "prosiga la investigación, se califique y de llegado el caso formule la acusación o declare su preclusión, pero no termine el juzgado; como lo hizo, convirtiéndose en titular de la investigación, de la acusación y del fallo". No atender la petición elevada por el Fiscal que asistió a la vista pública constituye una violación al debido proceso, pues esas peticiones son garantías procesales del juicio;

d) Sería importante para el desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales admitir este recurso por vía excepcional, para establecer si la Corte ya en vigencia de la Nueva Constitución y sin haber proferido resolución acusatoria tenía competencia para continuar conociendo del proceso, como quiera que la tarea acusatoria correspondía a la Fiscalía General de la Nación;

Por otra parte, advierten que la justicia penal aduanera había desaparecido y con ella el delito de contrabando, constituyéndose en un hecho punible el por ellos cometido como inocuo, resultando viable fueran cobijados con la favorabilidad de la ley;

e) En cuanto a las pruebas en las cuales se fundamentó la sentencia condenatoria impugnada "...los señores agente del Ministerio Público, delegado de la Fiscalía y conjuez, intervinientes en el proceso y el fallo, no encontraron prueba alguna ni siquiera un indicio por leve que sea en orden a demostrar el dolo en la comisión del delito de prevaricato por el cual fuimos sentenciados y menos prueba de que la providencia materia u objeto del proceso pudiera ser manifiestamente contraria a la ley... ".

Consideraciones de la Sala

1. El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

Así las cosas, como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia.

Ahora, si no es procedente el recurso ordinario de apelación, con mayor razón resulta desatinada la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual, en su modalidad común, solamente es viable "... contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo

máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad". (Inciso 1°, art. 218 C. de P. P., reformado por la Ley 81 de 1993).

No es que se esté interpretando esta norma de manera restrictiva; es que siendo la casación un recurso extraordinario, los fallos contra los cuales procede están previstos de manera taxativa; y por la propia naturaleza del derecho procesal, no es posible, so pretexto de una interpretación extensiva, pretender aplicarlo contra decisiones que la ley no ha señalado. Los recurrentes desconocen este elemental principio al afirmar que "...si bien es cierto que no contempla las sentencias proferidas en única instancia, tampoco existe prohibición expresa en tal sentido 'y lo que no está prohibido por la ley está permitido' ".

2. También se equivocan los impugnantes al acudir a la casación excepcional, pues si bien por esa vía es posible que la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, acepte el recurso para casos distintos de los mencionados en el ya citado inciso primero del artículo 218 *ibidem*, la excepción se refiere a la cantidad de pena exigida, en cuanto la pena privativa de la libertad señalada para el delito puede ser inferior a seis años, y en cuanto al funcionario que dictó la sentencia, que puede ser un Juez del Circuito, pero en ambos casos siempre que se trate de un proveído de segunda instancia, pues no existe en materia penal la casación *per saltum*, y cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Es un error creer que esa disposición establece el recurso de casación contra sentencias proferidas por la Corte en única instancia; pues como ya se vio, estas decisiones, por voluntad del legislador, no son susceptibles de impugnación alguna.

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que no es procedente el recurso de casación interpuesto, y así se declarará.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de casación interpuesto por los doctores Alvaro del Valle Oviedo, Eduardo Ignacio Lacera Acosta, Dairo Sosa Cárdenas y el defensor del último de los mencionados, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cumplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Rafael Osorio Rodríguez (Conjuez), *Juan Manuel Torres Fresneda* (no firmó), *Dálmo Páez Velandia* (no firmó).

Carlos A. Gaviria Londoño, Secretario.

CARGOS EXCLUYENTES / DEMANDA DE CASACION

La expresión de cargos excluyentes, auspiciada por el artículo 225-4 del C. de P. P., no puede traducirse en libérrima autorización para atropellar la más elemental lógica ni la básica singularidad del recurso al punto de ser suficiente un solo cargo, en el cual se aborda toda la temática probatoria, para luego perderle todas las imaginables lucubraciones y solicitudes, así sean las más incompatibles. Las censuras ni estarían separadas ni independientes, y a lo sumo se distanciarían mecanográficamente los pedimentos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8073. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 93 oct. 14/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de veintitrés de abril de mil novecientos noventa y dos, recurrida en casación, impuso a Libardo Durán Rojas, por la comisión de un delito de homicidio, diez (10) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

La demanda fue admitida en proveído de veinte de enero del año en curso.

Hechos

Así los relató el Tribunal:

"Historia el proceso que al atardecer del miércoles veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa (1990), el labriego Manuel José Bonilla salió de su residencia, situada en la vereda Jagualito Pueblo Nuevo, jurisdicción del municipio de El Guamo

(Tolima), ocupando un tractor provisto de un planchón, el cual era conducido por su hijo también llamado Manuel José Bonilla Méndez, con la finalidad de recoger y llevar hasta su finca Pan de Azúcar a sus trabajadores que estaban en recolección de algodón, cuyo producto debía pesarles y recibirles. Habían recorrido poco trayecto, cuando frente a la tienda de Nemesio Molina se hallaba estacionado un carro Carpati sobre la vía, obstruyendo el paso que debía hacerse por tal carreteable, motivo por el cual don Manuel José se bajó del tractor y le pidió a Libardo Durán Rojas, aparente conductor del vehículo, quien se hallaba en la tienda, que lo corriera para poder proseguir su marcha, respondiéndole con burla que quería conocer al chofer del tractor, o sea al joven Bonilla Méndez, el que en efecto fue llamado hacia donde se hallaba Libardo, al que de nuevo aquél le pidió corriera el automotor, contestándole en forma de mofa que lo movería cuando pudiera o se le diera la gana, porque el conductor era otro, actitud que, como es apenas natural, produjo el disgusto del anciano Manuel José, que lanzó palabras groseras a Libardo, el que, justo en el momento en que el conductor se aprestaba a retirar el carro para abrir la vía, resultó riñendo con el agricultor ya dicho, como reacción a las palabras que le dijo éste por la actitud también incorrecta e indecente de Durán, el que desgraciadamente terminó disparando su revólver en cuatro oportunidades contra su adversario, lesionándolo en partes vitales de su humanidad. El infortunado Manuel José Bonilla fue recogido y trasladado al Hospital de El Guamo y luego al de El Espinal, en donde, a pesar de la atención médica y cirugías a que fue sometido, se produjo su deceso el día cos de julio del mismo año, pues las heridas eran necesariamente mortales".

Actuación Procedimental

Conoció del sumario el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, despacho que como resultado de las diligencias practicadas profirió -octubre 3/90- auto de medida de aseguramiento (detención preventiva) contra Durán Rojas, en ausencia. Posteriormente se emitió resolución acusatoria (mayo 19/91), y contándose ya con la presencia del procesado, se resolvió negativamente una reposición interpuesta contra este vocatorio a juicio. Surtida la etapa de la causa, en el Juzgado Segundo Superior de El Guamo, éste dictó la sentencia de primera instancia en la cual se determinó una sanción integralmente confirmada por el Tribunal.

La Demanda

1. Se considera el fallo como violatorio de normas de derecho sustancial, causado en la errónea apreciación de *todas* las pruebas testimoniales, de la confesión del enjuiciado y de *los indicios* militantes en el plenario. (Destaca la Sala).

Para el censor "...dicen los testigos, en su conjunto, que el señor Bonilla se bajó del tractor con peinilla (machete) en mano, actitud que ya es indiciaria de ánimo belicoso y hace latente el peligro de desenlaces no amistosos a tal circunstancia.

"Sea el momento de hacer notar que el enjuiciado en su versión rendida ante el *a quo* y ya en la audiencia del juicio, explica que la ubicación del automotor en el sector descrito obedeció al deseo de protegerlo del impacto directo de los rayos del sol: en ninguna forma se trataba de impedir deliberadamente o conculcar el ejercicio del derecho de locomoción de ninguna persona en particular y mucho menos en relación con Bonilla.

"Si observamos que el propietario y conductor del automotor no era Durán Rojas, hecho manifiesto por varios de los declarantes, debemos concluir que la imprudente localización del mismo no provino del enjuiciado.

"Es más: de aceptarse que el estacionamiento del vehículo constituye la chispa iniciadora de los acontecimientos, debemos apreciar que no era una provocación de magnitud suficiente como para terminar en tragedia precipitada por el tono agresivo y desafiante que desde el comienzo de su reclamo utilizó el hoy occiso.

"El desarrollo subsiguiente al reclamo de Bonilla ofrece diferentes matices, en tratándose de la versión incriminatoria o exculpatoria analizadas; ya en cuanto corresponde al momento culminante; es decir, aquel previo a los disparos hechos por parte de Durán Rojas, para ser honestos, ninguno de los testigos lo describe confiablemente.

"En efecto, ni aún los testimonios que endilgan responsabilidad sin justificantes a Durán Rojas son precisos en tal aspecto. El hijo del occiso se dirige de regreso al tractor, solucionado aparentemente el impase calificado como provocación y sin saber en qué momento su padre se ha devuelto hacia donde está Libardo Durán, para recordar sólo a partir de cuando éste dispara. A estas alturas, el testigo que permanece en el tractor (Alvaro Portillo R.) no puede captar los detalles de la escena, mientras que los restantes (Véase Cortés, Galindo, Prada y Molina) notan el ademán y la agresión de hecho de Bonilla hacia Durán, eludida en principio y repelida cuando la inminencia de los machetazos era evidente.

"¿A quién creemos entonces? Si la investigación carece de información por parte de terceros, confiable en el sentido de quienes dicen haber presenciado el momento cumbre e inexistente sobre quienes conjeturan que el agresor injusto es el enjuiciado, necesariamente debemos recurrir a la confesión de éste último, que no por tardía merece tenerse en cuenta.

"Y como todavía pesa en contra de la situación de mi defendido el hecho de haberse escabullido del sitio de los acontecimientos y no haberse presentado ante el Juez Instructor, ¿habrá alguna prueba que respalde sus dichos?

"La declaración de Jesús Antonio García (fl. 53 ant. y vto. del cdno. principal) fue rendida el 6 de agosto de 1990; es decir, a pocos días de haberse precipitado los hechos y proviene de una persona que, *contrario sensu* de lo expresado por el *ad quem*, no le liga ninguna clase de amistad con Durán Rojas, a quien apenas si distingue.

"La declaración en cita permite deducir que efectivamente don Manuel alegaba, echaba madres y pelaba esa peinilla, sin saber en principio a quién increpaba. Dándose cuenta inmediatamente que el objetivo de los improperios y ademanes ofensivos y provocadora era Libardo Durán, escucha decir al energúmeno Bonilla: 'Libardo, usted es una gallina, un guámbito; yo ya soy un viejo; quiero es morirme; saque su revólver' (sic), más adelante precisa: 'cuando yo llegué a la tienda don Manuel tenía la peinilla en la mano y la cubierta debajo del sobaco'.

"Estamos en el umbral del desenlace, porque a continuación de las expresiones de Bonilla, el declarante escucha las detonaciones conocidas.

"Este observador, ocasional e imparcial, aporta elementos de juicio a la investigación en su momento y al juicio en últimas, que merecen relevancia y que en últimas hacen creíble la versión del enjuiciado.

"Por conducto de García sabemos que la actitud de Bonilla no es ya la de quien reclama por el indebido estacionamiento de un vehículo, cuestión intrascendente por sí misma, sino la de quien anuncia muerte y blandiendo la peinilla hace más cercano e inminente el peligro de la agresión a la persona de Durán Rojas.

"Las expresiones de Bonilla, aparte de su significado ofensivo y agresivo, permiten establecer una circunstancia que es de capital importancia, en tal instante Durán Rojas no esgrime ningún arma, porque el ofensor lo reta a sacarla.

"La presencia del señor García en el sitio de los hechos no es desconocida para el resto de los testigos, quienes en tal sentido la ratifican. Ahora bien, si se trata de cuestionar la credibilidad, tanto de las versiones incriminatorias como exculpatorias, la versión de este testigo adquiere ribetes de importancia para el encuentro de la verdad de los hechos.

"Evidentemente nos encontramos frente a una desmesurada e injusta actitud de Bonilla, en ninguna forma proporcionada a lo baladí de la primaria provocación, frente a la cual es creíble que Durán Rojas inicialmente rehúye y ya ante la magnitud del acoso reacciona con los resultados conocidos.

"El comportamiento de Bonilla a estas alturas genera un riesgo letal y latente para la integridad de Durán Rojas, máxime si nos atenemos a que éste debía conocer la fama de pendenciero y bravo con la peinilla que el occiso tenía en la región, características expresadas por un declarante que si es cuestionado por la óptica bajo la cual presenta la versión de los hechos, no es demeritado en lo que corresponde al conocimiento de las calidades personales de Bonilla (Israel Prada R. Fls. 158 vto. y 159 Cdno. Principal).

"Si nos atenemos a los bienes en conflicto o derechos objeto de amenaza, necesario es concluir que si Bonilla reclamaba por su derecho de locomoción y tránsito, no era justa su actitud de poner en peligro la vida de su ocasional contradictor, por añadidura, no causante directo de la provocación calificada como tal.

"El resultado final el día de los hechos fueron las lesiones de Bonilla, frente a éstas Durán Rojas toma la iniciativa y pide que el señor Bonilla sea trasladado a un sitio en que se le suministre atención médica. En otras palabras, el resultado no fue querido ni deseado por el procesado y ante el resultado apreciado, proveyó para que las consecuencias no fueran más graves". Transcripción textual.

2. Idéntica formulación a la indicada en precedencia, pero con el carácter de subsidiaria de ésta, se consigna en este acápite, pero derivándola a un estado probatorio incierto en cuanto el "entorno de tiempo preciso en el que se produce la reacción de Durán Rojas", y de "los presupuestos de comprobación plena de las circunstancias en que se desencadena" aquélla, situación que debe resolverse aplicando el *in dubio* pro reo.

3. La violación de normas de derecho sustancial por "apreciación errada de la prueba indiciaria militante al plenario. (Subsidiario de la primera y segunda causales)". Sobre este particular se comenta que "desde el punto de vista indiciario, sin discutir que la agresión de Bonilla fue injusta y desproporcionada frente a un hecho baladí y además que generaba un peligro grave e inminente para la integridad física de Durán Rojas, válidamente podríamos concluir que sin propósito de causar el resultado final y en circunstancias determinadas por el estado de ánimo en que se encontraba el enjuiciado, se defendió

justamente, pero se excedió en la respuesta, bien por falta de voluntad defensiva o por falta de proporcionalidad frente a la entidad de la agresión.

"Acudo a la prueba indiciaria, al interir que el estado de abatimiento de Durán Rojas, originado en el hecho que había viajado para dejar a su madre en el lecho de muerte (la señora fallece cuando se celebra el novenario de Bonilla), fue convertido en justa exasperación cuando un ocasional transeúnte lo somete a madrazos, imprecaciones y cuestionamientos sobre su virilidad".

4. Violación: "de normas de derecho sustancial, consistente en apreciación errónea de la prueba testimonial, versión del sindicado y de indicios militantes al plenario".

Aquí se alude de paso al posible "influjo de bebidas embriagantes (en Bonilla), las que según decir de la esposa le hacían muchísimo daño" y su habilidad en el manejo del machete, que llevaba al hombro cuando se dirigió a Durán Rojas.

Anotado lo anterior coloca a Bonilla esgrimiendo su peinilla, lo cual permite pensar válidamente que, en Durán Rojas, "se conforma la idea de una inminente agresión y la existencia del peligro, ya no proveniente de las palabras soeces que se le dirigen, sino del complemento armado, respecto al que Bonilla es reconocido en sus habilidades de manejo.

"Bajo tales presupuestos y conforme lo define la jurisprudencia y la doctrina nos encontraríamos frente a la figura de una conducta punible culposa, la que para el caso del homicidio se tipifica y contempla en nuestro estatuto penal".

Todo, para concluir con estas pretensiones:

1. Durán Rojas actuó en legítima defensa de su integridad personal y de su propia vida, "al repeler de manera proporcionada la agresión injusta y actual de que era víctima".

2. Por obra de un reconocible *in dubio pro reo*, no puede tenerse a Durán Rojas como "responsable doloso de la conducta investigada".

3. admitir un exceso en la legítima defensa, y

4. Durán Rojas sólo es responsable de homicidio culposo, por haber obrado "en estado de legítima defensa putativa".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Primera en lo Penal

A pesar de formularse cuatro cargos, entiende la Corte que debe agruparse la respuesta en una sola sección, pues la comunidad de la causal invocada, su apoyo en los mismos elementos probatorios y la identidad de desaciertos y equivocaciones llevan a asumir este método en la contestación.

Muy sensible y protuberante es la falta de técnica en la composición de la demanda, bastando a este efecto, y de allí la cuidadosa transcripción de sus esenciales contenidos, su simple lectura.

De esto se duele el Ministerio Público, el mismo que, como introducción a su análisis, destaca la trascendencia de la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña a un fallo de Tribunal, perfil jurídico que impone en el "censor argumentos sólidos, claros,

eficaces y suficientes para desvirtuar la validez de las razones expuestas por el sentenciador", posición totalmente extraña a la demanda.

También debe indicarse, como defecto dominante a lo largo de la fundamentación del recurso, que nunca se precisa si la violación de las normas sustantivas, que por su intentado desarrollo, corresponde a la modalidad de: indirecta, se concreta en un error de derecho o de hecho y dentro de estas alternativas, cuál la hipótesis que anime y oriente al memorialista.

Así mismo, nunca se pudo precisar lo de la prueba indiciaria erradamente interpretada, como tampoco es muy saliente lo relacionado con la testimonial, dada la integral y totalizante actitud de repudio que expresa respecto de los análisis consignados por el Tribunal.

Finalmente, no resulta muy afortunado el planteamiento subsidiario que da a las censuras, en un afán de acomodarse a la amplitud que a este respecto marca la legislación vigente. Por eso, con toda razón, la Delegada comenta: "Con la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Penal es permitido formular cargos excluyentes y de manera subsidiaria, pero no en un mismo ataque, toda vez que la demanda de casación no es una simple alegación de instancia; debe ser ante todo un escrito concebido de manera sistemática que indique y demuestre lógica, y jurídicamente, los vicios o errores que pretenda derrumbar el fallo de instancia; es por ello que las causales son taxativas y autónomas, es indispensable que se aleguen de modo independiente, destinando un capítulo separado en la demanda para cada uno de los cargos, dado que el recurso extraordinario no ha perdido sus exigencias, su técnica, como algunos equivocadamente lo sostienen, y al parecer así lo entendió el recurrente".

La expresión de cargos excluyentes, auspiciada por el artículo 225-d C. de P. P., no puede traducirse en libérrima autorización para atropellar la más elemental lógica ni la básica singularidad del recurso, al punto de ser suficiente un solo cargo, en el cual se aborda toda la temática probatoria, para luego perderle todas las imaginables lucubraciones y solicitudes, así sean las más incompatibles. Las censuras ni estarían separadas ni independientes, y a lo sumo se distanciarían mecanográficamente los pedimentos.

Pero es más, compendiando en la crítica todos los elementos de convicción disponibles (aun los de carácter indiciario, de los cuales no pudo entenderse en qué consistían, ni en el fallo acusado ni en la pretensión del memorialista) y otorgándole preeminencia única a la apreciable como beneficioso para el procesado (núcleo probatorio artificiosamente creado por su interna contradicción) no es explicable ni atendible, a no ser que se desaloje la más mínima coherencia conceptual, establecer primero la nítida incuestionable presencia de una legítima defensa, para luego, sobre idénticos medios de comprobación, propugnar una absolución con base en la garantía del *in dubio pro reo*, y, a continuación, volver a la defensa justa, pero en la modalidad de excedida, para rematar en el contrasentido del homicidio culposo cimentado en una defensa putativa. Sobre esta última alternativa, con sobrada razón el Ministerio Público glosa la impertinencia de identificar estas dos instituciones jurídicas o la permisibilidad de invocarlas simultáneamente, cuando obvio resulta que de prosperar la mal denominada legítima defensa subjetiva (hoy sólo deducible como fenómeno de inculpabilidad) se impondría una absolución, y, en la segunda hipótesis (homicidio por culpa), lo procedente sería "condenar por tipo penal diverso al que motivó la sentencia".

Pero tan defectuosa alegación sólo deviene en una idea fundamental en el casacionista, la que inspira todos sus razonamientos y propósitos: el juzgador no supo estimar adecuadamente las probanzas y fue tan torpe en esa apreciación que lo que debía aceptar (lo que favorecía al procesado, incluso a confines adversativos) fue desechado, y, en cambio, lo que penalmente lo perjudicaba se admitió sin motivo valedero. El Tribunal no realizó, entonces, una válida, racional y acertada crítica de las probanzas y de ahí su desacierto, equivocación censurable puesto que resolvió condenar por homicidio simplemente intencional, cuando lo exigible era que absolviera, por legítima defensa pura, o por legítima defensa putativa, o condenara, por exceso en la justificante, o por actividad culposa en la muerte de Bonilla. Lo único que tomaba más entidad, conforme a sus visualizaciones probatorias, vale decir el estado de ira por grave e injusta provocación no mereció siquiera la tangencial referencia que llevara a su cuestionamiento.

En este ámbito aparece como evidente que la posición del recurrente se reduce a tratar de imponer un juicio muy subjetivo sobre el mérito de los elementos de convicción, cometido en el cual no puede resultar triunfante. En efecto, el Tribunal se refirió con detenimiento a la prueba testimonial allegada a los autos, incluso transcribiendo sus apartes más fundamentales. En ese fallo se inserta lo relacionado con Manuel José Bonilla Méndez (hijo del occiso), Alvaro Portillo Romero, Jesús Antonio García, Josué Cortés, José Alberto Galindo Díaz, Israel Prada Rojas, Ernesto Molina Portillo (primo hermano del procesado) y la propia injurada de Durán Rojas. Y, con rigor, se marcan los pasos vitales de su sana crítica, sin que pueda decirse que lo desechado obedece a un prurito de admitir sólo lo que aludía a una desventaja para el sentenciado. De este modo llegó a conceder mérito decisorio a los testimonios de Bonilla Méndez y Alvaro Portilla (y en algo a Jesús A. García), no pasando por alto algunas de sus informaciones contrarias a la conducta asumida por quien resultara mortalmente lesionado; igualmente, señala las falencias de declaraciones que forman estrecho e insoslayable vínculo con el acusado (amigos, algunos de los cuales ni siquiera fueron mencionados al comienzo o en los albores de la investigación y traídos en cambio mucho tiempo después), reproche al cual la Sala debe adicionar la antinomia, en no pocos de sus más salientes pasajes, con la propia versión del sentenciado.

La decisión recurrida se muestra sensata e irrebatida y como tal exige la conservación de sus planteamientos y conclusiones. Nadie puede negar la mortificación que representa, para un hombre del campo que concluye su labor y está apurado por recoger trabajadores y cosecha y repartir a unos y otra, encontrar caprichosamente cerrada la vía. Con todo y esto es indudable que, en un principio, tanto el occiso como su hijo intentaron de buenas maneras obtener que se removiera el obstáculo, solicitud y comportamiento en el cual no era procedente que Durán Rojas, para acceder, exigiera conocer al conductor del vehículo estorbado, dando curso a una tomadura del pelo (mamadera de gallo) que necesariamente exaltó los ánimos de Manuel José Bonilla, quien se fue de la lengua con expresiones duras que lograron enardecer los ánimos y facilitar lo que Durán Rojas quería y no evitaba en modo alguno, o sea la confrontación personal, la misma que devino con todas sus fatales consecuencias. Pero sobresale en el análisis la injusticia primera del modo de actuar del procesado, que recrudeció hasta lograr desencadenar en Bonilla una reacción oral y que luego se aprovechó para cumplir un encaramiento físico, que, en Durán Rojas, no fue ni necesario ni proporcionado. Por eso está bien en circunstancias tales, que el Tribunal determine simplemente una riña, voluntariamente querida y desarrollada

por cada uno de sus protagonistas, en las cuales no es dable combinar aspectos justificantes ni especiales factores de atenuación.

Conviene reproducir el siguiente aparte del Tribunal, tan centrado en su enfoque fáctico como en su evaluación jurídica. "Entonces, con apoyo en los dos testimonios que dejamos mencionados, los que son francos y sinceros en sus manifestaciones, en las que sin reserva alguna incluyen circunstancias que podrían ir en detrimento del mismo anciano, la Sala considera y llega a dos inequívocas conclusiones: de una parte, que el real provocador de la contienda, con la actitud ya descrita, fue el incriminado Libardo Durán Rojas; y, de otra, que éste, al desatarse la reacción del anciano provocado, aceptó la riña que bien hubiera podido rehuir, y por consiguiente tiene que sufrir las consecuencias de su propia provocación...".

La Delegada remata la cita con este acertado comentario: "...no es dable sostener que el procesado actuó con la convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación, pues con su acción no buscó repeler el injusto acto agresivo de otro, sino que respondió a los hechos ofensivos causados por su propia injuria con el fin de producir la reacción violenta del occiso".

Y refiriéndose en lo que atrás se anotara, el Ministerio Público señaló lo que puede constituir todo el tono de la alegación: discrepancias conceptuales que "cuando se manifiestan en esta peculiar órbita de emitir su propio juicio de valor a las probanzas, no pueden llevar a renovar un fallo en sede de casación, y menos aún cuando la labor demostrativa se ha emprendido fraccionando los diversos elementos tomados como prueba de cargo, para luego dar una particular y diferente versión de lo acontecido".

Los cargos se desestiman.

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

RESUELVE:

No casar el fallo censurado, ya mencionado en su origen, contenido y alcance.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

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.

Carlos A. Gaviria Lombana, Secretario.

SENTENCIA / NULIDAD / FLAGRANCIA / EXTORSION / CONCUSION

Cuando la acusación a la sentencia tiene como causa el haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, se debe señalar con claridad y precisión la especie y el fenómeno que la ocasiona y sus fundamentos. Si de violación del derecho de defensa se trata, el actor está en la obligación de determinar la actuación procesal que se considera lesiva de la garantía del procesado y su incidencia desfavorable en las determinaciones adoptadas en la sentencia impugnada. / Y si el caso es de infracción al debido proceso, es deber del recurrente señalar la existencia de la irregularidad sustancial que resulta lesiva del sistema mixto que lo informa. / El artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 474 del anterior Código de Procedimiento Penal, de modo expreso contempla el procedimiento abreviado para el evento de que el imputado sea capturado en flagrancia. / No es posible en sede de casación solicitar por quien representa los intereses de los acusados que se agrave su situación jurídica, al pretender que se revoque una sentencia por el delito imperfecto de extorsión, para que en su defecto se le condene por uno consumado de concusión que entrañaría un mayor incremento punitivo. / Por manera que la amenaza o el constreñimiento no fueron ejercitados por los delincuentes prevalidos de su cargo o en relación con la función, o como empleados oficiales, calidad que se cuidaron de ocultar y que para nada incidió en la conducta ilícita. En estas condiciones es impropio hablar de un delito de concusión cuando la conducta se subsume nítidamente dentro del delito de extorsión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación. Radicación número 8101.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 107 (18-11-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

Agotado el trámite de rigor, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de los procesados José Gabriel Rivera Segura y

José Noé Cedeño Chamorro contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., de fecha diecisiete (17) de julio de 1992, mediante la cual se confirmó íntegramente la del Juzgado Dieciséis Superior, de fecha 21 de febrero anterior, que impuso la pena principal privativa de la libertad de cuarenta y cinco (45) meses de prisión a cada uno como coautores penalmente responsables del delito de tentativa de extorsión.

Se los condenó igualmente a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena principal y al pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Antecedentes

Alrededor de las 9:45 de la noche del sábado dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), cuatro (4) sujetos no identificados en traje de civil se introdujeron violentamente a la residencia de la calle 28 sur No. 21-09 de esta capital, habitada entonces por la denunciante Marly García Romero y sus hermanas Luz Dary y Omaira, junto con el joven Alfonso Aldana y un enfermo mental, primo de las anteriores, y luego de reducirlos a la impotencia mediante la amenaza de las armas de fuego que esgrimieron (metralleta y revólver), los despojaron de varios electrodomésticos estimados en un millón cuatrocientos mil pesos ($1'400.000,00) que raudamente empacaron y transportaron en un taxi que muy cerca los esperaba.

Mas ocurrió que al lunes siguiente, veinte (20) de los citados mes y año, cuando Luz Marly García Romero había formulado la denuncia, los detentadores se comunicaron telefónicamente con la ofendida y le exigieron la suma de seiscientos mil pesos ($600.000,00) a cambio de devolverle los bienes por ellos sustraídos. Acordaron entonces la cita para ese mismo día, en las horas de la tarde, en lugar cercano a su morada, y así fue como avisados agentes de la Policía Nacional, Grupo de la Sijín, dieron captura a José Gabriel Riveros Segura y José Noé Cedeño Chamorro, quienes resultaron ser agentes de la Policía Nacional adscritos a la Segunda Estación, y al particular Cenén Alfonso Hernández Alvarez, lográndose finalmente recuperar los bienes ilícitamente apropiados.

Con base en los anteriores hechos, el Juzgado 81 de Instrucción Criminal radicado en este distrito abrió la correspondiente investigación penal (fl.113), vinculó a la misma mediante indagatoria a los tres implicados y por auto del 28 de mayo de 1991 resolvió la situación jurídica de los incriminados con medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos coautores del delito de hurto calificado y agravado.

En la misma providencia se dispuso la compulsación de copias de lo pertinente con destino al Juzgado de Orden Público, a fin de investigar por separado el delito de extorsión en la modalidad de tentativa que se avisaba en la actuación procesal.

De igual modo se fijó el procedimiento abreviado como aplicable a este asunto, y por lo mismo se dispuso que en firme este auto fueran remitidas las diligencias al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de la ciudad, con solicitud de vocación a audiencia y de la práctica de las pruebas puntualizadas en la misma decisión. (Fls. 28-38, Cdno. Ppal).

Apelada la anterior determinación, el Tribunal Superior la confirmó con la adición de que la medida de aseguramiento se hacía extensiva por el delito de extorsión en grado

de tentativa, señalando que el procedimiento por seguir era el abreviado, de competencia del Juzgado Superior, a donde dispuso el envío de las fotocopias respectivas para el adelantamiento de la investigación (fls. 28-49 Cdno. Ppal.) que se recoge en este proceso.

El Juzgado 16 Superior, a quien le correspondieron las fotocopias auténticas, por auto del 27 de agosto de 1991 (fls. 52 y ss.), avocó conocimiento de los hechos relacionados con la tentativa de extorsión y dispuso el impulso procesal mediante el procedimiento abreviado, no sin ordenar previamente a la celebración de la audiencia pública la práctica de plurales diligencias, evacuadas las cuales aquélla se verificó en la fecha anteladamente señalada, viernes 14 de febrero de 1992 (fls. 232-244 y vto.), profiriéndose el 21 siguiente la sentencia condenatoria que, como ya se sabe, fue confirmada con adición por el *ad quem*, la cual es ahora objeto de este recurso extraordinario.

La Demanda

Se impugna la sentencia del Tribunal Superior con fundamento en dos causales de casación: La primera y la tercera del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, hoy artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 1991, formulándose dos cargos al amparo de cada una de ellas, para lo cual metodológicamente empieza la censura con la segunda de las enunciadas:

Causal tercera

El fallo impugnado se profirió en un juicio viciado de nulidad insubsanable. Al respecto formula dos reparos:

Primer cargo

La irregularidad sustancial objeto de denuncia consiste en que se quebrantaron el derecho a la defensa y el debido proceso.

Fundamento fáctico

El Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto que resolvió la situación jurídica de los procesados con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como coautores del delito de hurto calificado y agravado, el cual confirmó, dispuso separar la investigación para que por el procedimiento abreviado se adelantara la atinente al delito de extorsión (tentativa), y por el rito ordinario, la del hurto.

Refiere que las fotocopias autorizadas del proceso matriz no contienen el entonces llamado auto cabeza de proceso y le correspondieron por reparto al Juzgado Dieciséis Superior, quien no lo profirió al avocar conocimiento del asunto por auto del 27 de agosto de 1991.

Critica acerbamente que se hubiera escindido la investigación, pues, *contrario sensu*, estima que existe la conexidad de los dos hechos punibles investigados, por la presencia de la unidad de propósito, de la unidad probatoria y por la unidad de sujetos activos.

Como así no se hizo, se malinterpretó el artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 474 del C. de Procedimiento Penal.

Anade que al hacerse dos investigaciones se quebrantaron los principios de economía procesal; de la acumulación jurídica y del debido proceso.

Alega que la tentativa de extorsión tiene íntima relación con el hurto, cuya realización se cumplió en primer lugar para luego operar la exigencia del dinero a cambio de la devolución de los bienes sustraídos, de lo cual se sigue que los sujetos activos del primer reato son exactamente de los mismos del segundo hecho punible; sus actuaciones son idénticas, y la una depende de la otra. Por ende cabe predicarse la conexidad.

Rearguye que la circunstancia de que los procesados hubiesen sido aprehendidos en situación de flagrancia en torno del delito de extorsión no daba para disponer dos investigaciones, toda vez que del delito contra el patrimonio económico también podía pregonarse esa misma situación, habida consideración de que cuando operó la captura con motivo de la extorsión, los sindicados llevaban consigo los electrodomésticos, materia del hurto. Por esta razón a los dos hechos debió aplicarse el procedimiento abreviado. Y aunque el delito de hurto no reuniera las condiciones de flagrancia, era un delito que permitía su investigación y juzgamiento bajo los parámetros del trámite abreviado, junto con el de extorsión.

Por último, resigna en la Sala la labor de establecer si era procedente adelantar la investigación de los hechos en un solo proceso, y si con la orden de separar las investigaciones se incurrió en nulidad insubsanable por violación del derecho a la defensa y las normas del debido proceso (art. 304, C. de P. P.). Termina pidiendo la declaratoria de nulidad.

Segundo cargo

El Juzgado Dieciséis Superior de Santafé de Bogotá, a quien le correspondieron las fotocopias tomadas del proceso original por el delito de hurto para adelantar por separado la investigación respecto de la extorsión (tentativa), avocó conocimiento de tales hechos, pero no dictó el llamado auto cabeza de proceso; o, lo que es lo mismo, no declaró abierta formalmente la investigación penal por este hecho punible, como tampoco aparece proferido en el proceso por hurto.

Tal omisión, en su criterio, quebranta el debido proceso, al haber inobservado la formalidad de dictar el auto de apertura de la investigación, y por contera vicia de nulidad todo lo actuado, cuya declaratoria depreca a partir, inclusive, del auto que dictó el Tribunal Superior el 19 de julio de 1991, en virtud del cual ordenó adelantar dos investigaciones, una por el hurto calificado y agravado, y otra por el delito de extorsión, modalidad de tentativa, para que en su lugar se reponga toda esa actuación, con estricta sujeción a las formas propias de Procedimiento Penal.

Causal primera

Bajo esta causal la impugnante acusa la sentencia de segunda instancia de ser violatoria de la ley sustancial y al efecto formula dos cargos:

1. En el primero manifiesta la casacionista que el motivo del quebranto de la ley sustancial es el indirecto, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, generado

en el alcance diferente que el *ad quem* les dio a los medios probatorios, desfigurando su sentido, "porque los hechos, tal como ocurrieron, no configuran el delito de extorsión en su modalidad de tentativa".

Este criterio lo finca en que en la noche de los hechos unos sujetos arribaron a la casa de la denunciante, aduciendo ser agentes de la Policía Nacional que iban a fin de realizar un allanamiento motivado por la presunción de que en la morada funcionaba un expendio de bazuco. Como aquélla temió ser privada de la libertad, a cambio les ofreció seiscientos mil pesos ($600.000,00) que entregaría al día siguiente, cuando se restableciera el servicio bancario, y que como garantía acordó depositarles los electrodomésticos que figuran en la denuncia.

Por eso, prosigue la censora, al lunes siguiente, en las horas de la tarde, los policiales citaron a aquélla a lugar cercano de su residencia para el intercambio del dinero por los objetos, lo que la quejosa Marly García Romero fingió cumplir, porque previamente, en acto de venganza, había comunicado lo sucedido a su amigo el dragoneante de la Policía Antinarcóticos, de apellido Arias, quien entonces le aconsejó la manera como debía actuar para tenderles una celada a los extorsionistas y así fueron capturados algunos uniformados y un civil.

Expresa la libelista que si los hechos sucedieron como ella los reseña, no se podría hablar jurídicamente de tentativa de extorsión, por no reunirse todos y cada uno de los elementos de este hecho punible, dado que en el presente caso estuvo ausente el constreñimiento moral o físico contra Marly García Romero, puesto que fue ésta la que *motu proprio* les hizo tal insinuación a los gendarmes.

A pesar de lo anterior, los falladores le dieron entero crédito al testimonio de la denunciante, negándoselo a las versiones entregadas por los implicados, y por esta razón concluyeron equivocadamente que los hechos encontraban cabal adecuación típica en el tipo penal de la extorsión, modalidad de tentativa.

Para demeritar su dicho, la censora arguye que el testimonio del ofendido sólo en muy contadas ocasiones amerita credibilidad, como por ejemplo, cuando señala al agresor, pero no en lo atinente "a la forma como ocurrieron los hechos, por el resentimiento que se guarda con el hecho criminoso", tal como ha procedido la denunciante, quien, en opinión de la casacionista, "no tiene la suficiente contundencia para que el fallo impugnado subsista"; sin duda "se trata de una versión acomodada a sus intereses de víctima, que debe ser desestimada como prueba de cargo".

Comenta luego la actora un aparte de la sentencia atacada, en la que se le depara entero crédito al testimonio de la ofendida Marly Rocío García Romero y de su hermana Luz Dary, con la explicación y fundamento por parte del Tribunal de que "todo lo manifestado" por ellas encontraba respaldo probatorio. Al efecto, hace el reparo de que la sentencia no cita los medios probatorios que respaldan esos testimonios "y solamente se refiere a unas llamadas telefónicas y al informe policial, que no tienen ninguna contundencia probatoria".

Refuta en seguida que "Las supuestas llamadas telefónicas" en que la Corporación de instancia afianza las atestaciones de la denunciante y de su hermana sean elementos de convicción, "por cuanto no existen grabaciones magnetofónicas" que las acrediten,

"y si alguno de los incriminados reconoció que había llamado telefónicamente a Marly Rocío Romero, no fue para amenazarla o para constreñirla..., sino simplemente para acordar el lugar y la hora había (sic) hacerle la devolución de los electrodomésticos y la entrega de los seiscientos mil pesos ($600.000,00 mcte.) que la señora García había prometido en la noche del 19 de mayo de 1991...".

Alude después al informe policial acerca de la captura de los procesados, para refutarle la calidad de elemento de juicio que el *ad quem* le atribuye, aduciendo que los agentes que la llevaron a cabo no fueron testigos directos de esas llamadas telefónicas, habida consideración de que esos agentes de la Sijín simplemente hicieron un operativo y capturaron a los otros policías, sin que se dieran cuenta de la real ocurrencia del delito de extorsión denunciado...

Advierte, de otra parte, que a los sentenciados "en sus indagatorias jamás se les interrogó completamente por ese hecho punible...", y de allí que no se explique la censora "cómo se puede producir una sentencia por un delito del que jamás se interrogó a los procesados".

Concluye entonces la demandante que los falladores se equivocaron en la apreciación de las pruebas y les dieron un alcance diferente del que realmente les correspondía, incurriendo así en un falso juicio de identidad de la prueba.

Por lo tanto solicita a la Corte casar la sentencia acusada para que en su defecto se absuelva a los procesados que representa por el delito de tentativa de extorsión, al no reunirse los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

2. El segundo cargo, según lo expresa la denunciante, también lo formula con invocación "de la causal tercera de casación". Sostiene que la sentencia impugnada infringe de modo directo la ley sustancial, al haberse equivocado los falladores "en la selección (sic) o escogencia de la norma aplicada, por cuanto dieron como probados los hechos bajo la adecuación típica del delito de extorsión en su modalidad de tentativa", olvidando que los procesados José Noe Cedeño Chamorro, José Gabriel Rivera Segura y Pedro Neira Martín eran agentes de la Policía Nacional y que si bien no se encontraban en servicio para la fecha de los acontecimientos denunciados, aquella calidad les daba la connotación de empleados oficiales y por ende su conducta encajaba en el delito de concusión (art. 140 del C. P.).

Finalmente advierte que este segundo cargo no entra en contradicción con los anteriores y que simplemente lo enuncia "para que sea la Sala de Decisión (sic) la que analice esta situación y tome la conclusión respectiva si existió o no aplicación indebida del artículo del Decreto 2790 de 1990 que define el delito extorsión, cuando ha debido aplicarse era el artículo 140 del Código Penal que define y sanciona el Art. (sic) como delito de concusión".

Por último, le solicita a la Corte que "Respecto a este segundo cargo de la causal tercera de casación", case parcialmente la sentencia recurrida y en su defecto se condene a los implicados Cedeño Chamorro y Rivera Segura por el delito de concusión.

Opinión del Agente del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal responde en primer lugar los dos cargos de nulidad y solicita a la Corte que sean desatendidos.

Sobre el primero estima que no hubo afectación del debido proceso ni del derecho a la defensa, dado que el juzgamiento de los procesados se hizo conforme a la ley y los mismos gozaron de todas las garantías procesales relacionadas con su defensa.

En efecto, el trámite procesal abreviado que el Tribunal Superior fijó en su momento para investigar el delito de extorsión, modalidad de tentativa, se sometió a las previsiones del artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, en razón de que los acusados fueron sorprendidos en situación de flagrancia y capturados en igual circunstancia. Encuentra también legal el procedimiento ordinario señalado para investigar el hurto, "ya que en esta conducta delictiva no se presentó el estado de flagrancia de los acusados como lo preceptúa el citado artículo 474 del C. de P.P.".

Respecto del segundo cargo estimó que no se produjo la denunciada violación del debido proceso, porque, a contrario de lo afirmado por la censora, sí "se dispuso la apertura del proceso en el entendido del concurso de hechos punibles que luego se escindieron en dos, pero que ciertamente ya contaban con esa expresión judicial al iniciar la pesquisa penal".

En relación con la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial a través de un supuesto error de hecho por falso juicio de identidad que se habría operado en el acto de apreciación de las pruebas, la Procuraduría Delegada es del parecer que esta censura presenta fallas de técnica y carece de fundamento. Lo primero, porque el libelista contrapone su particular criterio de análisis a la valoración que hizo el fallador de los medios probatorios obrantes en el plenario, lo que no es de recibo en casación, "por cuanto el sentenciador tiene la libre apreciación racional de las pruebas conforme al principio de la sana crítica (lógica, experiencia y datos de ciencia), que informan su convencimiento", prevaleciendo su criterio.

Y lo segundo, porque "el juzgador en manera alguna tergiversó o distorsionó el sentido de la prueba o le hizo producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto".

Frente a los planteamientos negativos de la actora en torno a la estructuración de la conducta extorsiva, alegando ésta que no se dio el constreñimiento con el argumento de que el arreglo con los delincuentes se hizo para evitar que los bienes sustraídos desaparecieran definitivamente, el Procurador Delegado considera que precisamente ese acto constituye innegable constreñimiento de la voluntad de la víctima, suficiente para la configuración del delito de extorsión, descartándose el de concusión que propone la impugnante, en virtud de que el apoderamiento de los bienes se cumplió "sin ostentar su función de agentes de la autoridad ni el cargo de que estaban investidos, lo cual vino a saberse sólo después de la captura" y por lo mismo la casuística no lesiona el bien jurídico de la administración de justicia.

En cuanto al segundo cargo que la demandante postula con invocación de la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, el agente del Ministerio Público hace ver que su desenvolvimiento se verifica con perfiles propios de la causal tercera de nulidad, al aducir error en la calificación de la conducta atribuida a los condenados, proceder éste contrario a la técnica de casación, ya que la censora olvida flagrantemente la autonomía e independencia de que goza cada causal de este extraordinario recurso, y

que si de formular cargos excluyentes se trata, equivoca la metodología que en tal caso aconseja su planteamiento separado en el escrito de demanda y de manera subsidiaria.

Concluye solicitando a la Corte no casar la sentencia impugnada, ya que ninguno de los cargos, en su criterio, puede prosperar.

Consideraciones de la Corte

En aplicación del principio de la prevalencia o prioridad, la Sala estudiará en primer orden el ataque a la sentencia de segunda instancia por la vía de la causal tercera de nulidad, por violación del derecho a la defensa y del debido proceso, pues en el evento de su prosperidad haría inoficioso el examen de los demás cargos postulados.

Pero antes de emprender este cometido, es necesario hacer algunas precisiones de orden técnico y lógico-jurídico sobre la manera como debe formularse esta clase de censura en la demanda de casación.

La Corte ha dicho en reiteradas ocasiones que cuando la acusación a la sentencia tiene como causa el haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, se debe señalar con claridad y precisión la especie y el fenómeno que la ocasiona y sus fundamentos. Si de violación del derecho de defensa se trata, el actor está en la obligación de determinar la actuación procesal que se considera lesiva de la garantía del procesado y su incidencia desfavorable en las determinaciones adoptadas en la sentencia impugnada.

Y si el caso es de infracción al debido proceso, es deber del recurrente señalar la existencia de la irregularidad sustancial que resulta lesiva del sistema mixto que lo informa.

Por estos senderos no transita la censora, quien se limita a enunciar en un mismo cargo y simultáneamente dos especies de nulidad (violación del derecho a la defensa y del debido proceso), citando al efecto el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como único fundamento jurídico.

La presentación de este primer cargo es bastante confusa. En efecto, alega que las fotocopias desprendidas del proceso matriz que el Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Criminal adelantaba por los dos hechos punibles delatados por la víctima para investigar por separado el delito de extorsión (tentativa) no están precedidas del respectivo auto de apertura de la instrucción, pues el Juez Dieciséis Superior, al que le correspondieron en reparto, no lo dictó y simplemente avocó conocimiento del asunto.

Parecería entonces que la recurrente se estuviera refiriendo a un supuesto quebranto del debido proceso, pero la hipótesis rápidamente pierde su rumbo, porque a renglón seguido todo el esfuerzo dialéctico se centraliza en defender la conexidad de los hechos punibles de hurto y extorsión y por contera a criticar severamente la investigación separada que de los mismos se dispuso, puesto que si la determinante era la situación de flagrancia del delito de extorsión, esa misma situación podía predicarse del delito de hurto, en razón de que en el momento de la aprehensión de los procesados, éstos "llevaban consigo los bienes sustraídos", lo cual no corresponde con la realidad, pues los mismos fueron recuperados en la casa que el capturado Cenén Alfonso Hernández Alvarez señaló cuando se encontraba en las dependencias de la Sijín; es decir, en la carrera 29 No. 40-38 (fls. 4, 26 y 34 Cdno. copias).

Debe responderse al respecto que como bien lo anota el agente del Ministerio Público, con la separación de la investigación de los hechos denunciados no se conculcó ni el derecho a la defensa ni el debido proceso, pues todas las garantías constitucionales y procesales estuvieron presentes en el rito procesal, como quiera que el artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 474 del anterior Código de Procedimiento Penal, de modo expreso contempla el procedimiento abreviado para el evento de que el imputado sea capturado en flagrancia, como efectivamente sucedió respecto del hecho punible de extorsión (tentativa), y autoriza la investigación por separado, "cuando concurra hecho punible que no pueda tramitarse de acuerdo con el procedimiento abreviado, que es el caso del delito de hurto, ya que los imputados de este reato no fueron sorprendidos en su proceso de ejecución ni tampoco su aprehensión operó en flagrancia, porque cuando los procesados fueron sorprendidos no portaban en su poder los bienes objeto de latrocinio, que es uno de los elementos materiales que posibilitan la estructuración de la flagrancia.

Autorizada explícitamente por la ley la ruptura de la unidad procesal en el evento que originó este proceso, ciertamente no es dable aludir a irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, ni hay lugar a mengua alguna del derecho de defensa que en todo momento estuvo garantizado y efectivizado.

Segundo cargo

En este segmento la impugnante es más precisa en la acusación y en el señalamiento de la especie de nulidad de que se trata, aunque repite el mismo *factum* que presentara en el primer cargo, cual es la ausencia de auto de apertura de investigación en las fotocopias que dieron origen a este proceso.

Si bien en el segundo juicio no se repitió el auto cabeza de proceso no por ello le asiste razón a la impugnante para que pueda predicarse quebranto del debido proceso. Es que no puede pasar inadvertido el hecho de que el Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá venía adelantando unificada investigación por ambos hechos punibles (hurto calificado y agravado y extorsión, en la modalidad de tentativa) que por ellos fueron interrogados los acusados (cfr. fls. 8, 15-17) y lo ratificó ampliamente la ofendida en ampliación de denuncia (fls. 25-27) ante el mismo funcionario de instrucción, quien al resolver la situación jurídica advirtió cómo la competencia para conocer del delito de extorsión estaba radicada en otro órgano judicial, en razón del procedimiento abreviado que debía aplicarse por mandato legal.

No debe pasar inadvertido que hasta esa altura procesal se tenía el entendido que de un concurso de hechos punibles se trataba y por lo mismo la apertura unitaria de investigación se había proferido, como con acierto lo denota el señor Procurador Delegado, y como puede observarse fácilmente en el proceso original, razón por la cual se hacía innecesario dictar un nuevo auto de apertura de investigación, por ese segundo hecho punible, que el Tribunal Superior ordenó decidir por separado al momento de confirmar la medida de aseguramiento apelada que hizo extensiva a este reato.

Y como si lo anterior fuera poco, el Juez cognoscente, al avocar conocimiento del asunto, dispuso por auto del 27 de agosto de 1991, la práctica de plurales pruebas (fls. 52-53) que fueron adicionadas por autos sucesivos (fls. 68, 70, 90, 95-96) los cuales suplen,

en últimas, supuesta omisión que entonces no vendría a ser otra cosa que una simple irregularidad que no alcanza a resquebrajar el debido proceso.

El cargo no prospera.

Causal primera

Las graves faltas de técnica que se advierten en la presentación de los anunciados cargos bajo esta causal de casación tornan nugatorias las pretensiones de la demanda. Veamos:

Primer cargo

Se formula por violación indirecta de la ley sustancial, aduciendo que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas que a juicio de la actora fueron objeto de distorsión por parte de aquél, afirmándose que los hechos no configuran el delito de extorsión en la modalidad de tentativa por el cual fueron condenados los procesados, ya que éstos no constriñeron en modo alguno a la denunciante para que se despojara de su dinero a cambio de obtener la devolución de sus bienes ilícitamente sustraídos dos días antes de su residencia. Y al efecto ensaya otra versión acerca de lo sucedido aquella noche.

Sostiene que por su propia iniciativa la denunciante les ofreció a los policiales imputados la suma de dinero que los hechos refieren a cambio de mantenerse en libertad, la cual se vio amenazada con el allanamiento que los procesados, manifestando ser agentes de la autoridad, le hicieron dos días antes a su residencia con el pretexto de que allí se expendían alcaloides, y no precisamente para regresarle los bienes que ellos le habían sustraído, sino los que se habían llevado en calidad de prenda o garantía de que recibirían el dinero inicialmente ofrecido, y que a tal intercambio acudieron los procesados y la denunciante, cuando fueron capturados los primeros.

La falta de técnica de la demanda, reiteramos, es evidente tanto en la enunciación del llamado concepto de la violación, como en el desarrollo del cargo mismo, según se pasa a denotar:

1. La impugnante no determina cuáles fueron y de qué modo los medios de prueba objetivamente distorsionados. Apenas se contenta con generalizar, dejando así el cargo en un mero enunciado.

2. Tampoco refiere la recurrente la trascendencia de tal supuesta tergiversación de las pruebas en relación con la decisión finalmente adoptada; es decir, cuál hubiera sido la suerte de los procesados si el error no se produce.

3. Aunque parece que el fundamento de la supuesta falencia que se denuncia radicara en la credibilidad que los falladores le dieron al testimonio de la ofendida, de una parte, y correlativamente en la que le fue negada a las exculpaciones de los incriminados, la actora abandona intempestivamente el proceso demostrativo del error de hecho postulado por falso juicio de identidad, adentrándose entonces por senderos propios del error de derecho cuando enarbola, sin intento, aquel falso juicio de convicción que hoy por hoy no es dable alegar ante la ausencia de tarifa legal que le indique al juzgador qué valor debe darle a uno y otro medio probatorio.

Así las cosas, la libelista no hace otra cosa que enfrentar el criterio del sentenciador, olvidando que su estimativa de la prueba prevalece respecto de la de los demás sujetos procesales, por aquello de la amplia discrecionalidad de que goza el juzgador en la valoración probatoria de acuerdo con el sistema de la sana crítica.

Frente a esta realidad sentida fuerza es concluir que el cargo se queda sin demostración e incólume la sentencia censurada por aquello de la doble presunción de acierto y legalidad de que viene precedida.

Segundo cargo

A la ya advertida existencia de errores de técnica en la demanda, se adiciona la ambigüedad conceptual en que incurre la recurrente al presentar este segundo cargo. Es equivocada su formulación en la medida en que enrolado bajo la causal 1ª se plantea también una censura con arreglo en la causal 3ª de casación, con lo que abruptamente se estaría invocando un nuevo marco de acusación que temprano se abandona para retornar a la primera causal, cuando se ataca la cuestionada sentencia por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de la norma que describe y sanciona el delito de extorsión (tentativa), en cuyo defecto debió aplicarse el artículo 140 del Código Penal, que consagra el delito concusión, en atención a que los procesados Cedeño Chamorro, Rivera Segura y Neira Martín tenían la calidad de agentes de la Policía Nacional y por ende la de empleado oficial, no empece que no se encontraban prestando servicio el día de los hechos.

La formulación de estos reproches en forma tan confusa y contradictoria dentro de un mismo cargo sería por sí sola suficiente para desestimar la censura.

Agréguese a lo anterior que el cargo formulado tal como lo presenta el actor denota total ausencia de interés jurídico en el impugnante. No es posible en sede de casación solicitar por quien representa los intereses de los acusados que se agrave su situación jurídica, al pretender que se revoque una sentencia por el delito imperfecto de extorsión, para que en su defecto se le condene por uno consumado de concusión, que entrañaría un mayor incremento punitivo y más si se tiene en cuenta que el demandante asoma la posibilidad de que también se hubiese incurrido en un cohecho propio al aceptar ofrecimientos de dinero por parte de la denunciante, para omitir una función propia de su cargo.

No obstante estos evidentes y protuberantes errores, la Sala examinará oficiosamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, la posibilidad de la existencia de una nulidad como es la que deja entrever el demandante por error en la denominación jurídica de la infracción.

Al respecto debe anotarse que esta posibilidad es a todas luces inexistente, pues el proceso pregona de manera clara e inequívoca que los delincuentes en ningún momento hicieron valer ante la denunciante su calidad de empleados oficiales, para constreñir o inducirla a realizar la entrega del dinero, pues la presión provino de personas que como delincuentes comunes exigían la entrega de los seiscientos mil pesos, si la ofendida deseaba recuperar los bienes de los cuales había sido despojada ilícitamente. La calidad de agentes integrantes de la Policía Nacional sólo vino a conocerse después de su captura.

Por manera que la amenaza o el constreñimiento no fueron ejercitados por los delincuentes prevalidos de su cargo o en relación con la función, o como empleados oficiales, calidad que se cuidaron de ocultar y que para nada incidió en la perpetración de la conducta ilícita.

En estas condiciones es impropio hablar de un delito de concusión, cuando la conducta, como lo entendió el Tribunal, se subsume cítidamente dentro del delito de extorsión, por el cual fueron condenados los acusados.

Vistas así las cosas, la Sala no encuentra procedente ninguna de las causales aducidas y por ello acogiéndose el parecer del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no casará la sentencia y ordenará devolver el expediente al tribunal de origen.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida a favor de los procesados José Gabriel Rivera Segura y José Noé Cedeño Chamorro, de fecha, naturaleza y origen indicados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

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

Cuando se acude a la causal tercera no resulta suficiente con citar la omisión de determinadas pruebas para invocar con vocación de éxito la causal de nulidad. El censor ha de señalar su trascendencia, esto es, demostrar que de haberse tenido en cuenta indefectiblemente habría favorecido la situación del condenado. / Cuando en la demanda se alega la causal primera, cuerpo segundo, hácese imperioso que la argumentación conduzca a demostrar que la sentencia vulneró indirectamente la ley sustancial por haberse cometido falencias sobre la existencia de la prueba o su justa apreciación (errores de hecho), o sobre la aducción o admisibilidad de las pruebas al procesado o acerca de las normas reguladoras de su valor probatorio (errores de derecho). / En el caso de los errores de hecho, menester es que igualmente se especifique si el juzgador omitió el examen de una prueba que de haberla valorado correctamente habría cambiado el alcance de la sentencia (falso juicio de existencia por omisión), o si supuso la existencia de una prueba (falso juicio de existencia por suposición); o si, en fin, tergiversó o distorsionó el sentido de alguna de las pruebas allegadas al proceso (falso juicio de identidad). / En estos supuestos, la censura, cualquiera que ésta sea, debe referirse indefectiblemente a las pruebas del proceso pero no a las omitidas o dejadas de practicar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8378.

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

Aprobado Acta número 106.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por la defensora del procesado Colin Richard Shearing contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Regional de esta ciudad, mediante la cual lo halló responsable del delito previsto en los artículos 33 y 38 numeral 3º de la Ley 30 de

1986, sancionándolo a purgar una pena principal de ocho (8) años de prisión y multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales para el año de 1991 y a las accesorias de suspensión de la patria potestad, si la tuviere, y la expulsión del territorio nacional una vez cumplida la pena privativa de la libertad.

Hechos

En el Aeropuerto Internacional Eldorado de esta ciudad, el siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) fueron aprehendidos los ciudadanos británicos Colin Richard Shearing y su compañera Bue Williams, cuando se aprestaban a abordar el vuelo AF 206 de la línea aérea Air France con destino a París. En su poder los organismos de seguridad hallaron 10.375 gramos de cocaína, camuflada en tres maletas de doble fondo, revisión que obedeció a los inusuales abultamientos que presentaban, amén del fuerte olor a pegante que expedían.

La presente investigación quedó circunscrita a la conducta de Colin Richard Shearing, pues en lo relacionado con su compañera Bue Williams, se expidieron copias con destino a los Juzgados de Menores, dada la edad que informaba su pasaporte -17 años- y el resultado del examen médico legal que la corroboró.

Sinopsis Procesal

El Ministerio Público presenta una acertada síntesis. Escúcheselo:

"El respectivo Juzgado de Instrucción de Orden Público abrió la investigación el 14 de marzo de 1991, con fundamento en el informe sobre el operativo suscrito por el Jefe de la Unidad Investigativa de Orden Público Especial, Dijín, la diligencia de incautación y toma de muestras de la sustancia hallada en poder de los aprehendidos, la de pesaje, sustracción de muestras, sellamiento y guarda de la misma, y la versión libre del capturado Colin Shearing.

"En el desarrollo de la instrucción se vinculó mediante indagatoria a Colin Shearing, quien en un principio y desde su versión inicial rendida ante Policía Judicial se mostró ajeno a las imputaciones por el norte del material estupefaciente. Explicó sí, y a manera de hipótesis, que el hecho de que la Policía hubiera encontrado en su equipaje la droga heroica se debió tal vez al cambio de maletas que efectuara por sugerencia de Carlos N., un suramericano amigo suyo que conoció en Barcelona (España) y quien precisamente lo invitó a Colombia. Advirtió que las maletas nuevas podían contener ya el alcaloide y él lo desconocía, o que en el hotel donde se hospedaba pudo alguien introducir en ellas el estupefaciente. Comentó así mismo que vino por primera vez a nuestro país en octubre de 1990, por invitación de su amigo y luego regresó en enero de 1991, época para la cual efectuó exposición de sus pinturas en diferentes ciudades. Luego de pasear por el Caribe y cuando se disponía a regresar a Europa fue aprehendido por el porte de estupefacientes (fl. 35 del c. o. No. 1).

"Igualmente a la investigación se allegó diversidad de prueba de índole testimonial, documental y pericial, mediante la cual se determinó que el material estupefaciente incautado correspondía a cocaína. Estas pruebas sirvieron de fundamento al juzgado instructor para proferir resolución de acusación en contra de Colin Richard Shearing

como autor responsable de infringir la Ley 30 de 1986 artículo 33 con el agravante del artículo 38 numeral 3º de la misma normatividad (interlocutorio de 5 de noviembre de 1991 - fls. 117 y ss. del c. o. No. 1).

"En la etapa del juicio adelantada por el Juzgado de Orden Público correspondiente, se oyó en ampliación de indagación al procesado Richard Shearing, diligencia en la que varió la versión de los hechos expuestos en la indagatoria inicial, dando cuenta que la realidad de los mismos se contrae a que en verdad él sí portaba la cocaína, pero que lo hizo constreñido por amenazas que recibiera de unos sujetos desconocidos y al parecer comandados por Miguel Antonio Rojas Chisino, a quien conoció por intermedio de Carlos N, los mismos que le exigieron sacar de Colombia y con rumbo a París el estupefaciente que luego le fuera incautado por la Policía. Aseveró que los delincuentes telefónicamente le expresaron que de no acceder a sus pretensiones, ellos podrían secuestrar a su compañera Bue Williams y/o causarle daño. En consecuencia se vio obligado a proceder conforme se lo exigían los extorsionistas. Agregó que no pudo recurrir a la Policía porque inicialmente le manifestaron que se encontraba vigilado y la policía aeroportuaria estaba *comprada*; decidió entonces avisar a la Policía al llegar al lugar de destino. En relación con la identificación y ubicación de Rojas Chisino informó que se trataba de un individuo de aproximadamente 30 años, cabello negro crespo, ojos oscuros, piel morena, con bigote y de porte militar, desconociendo sí la dirección de su residencia, pero que se encontraba en capacidad de ubicarla (fls. 190 y ss. del c.o. No. 1).

"Con fundamento en los datos suministrados por el acusado, el defensor solicitó al Juzgado del conocimiento la vinculación de Miguel Antonio Rojas Chisino, así como la ubicación del mismo a través de Richard Colin Shearing.

"El Juzgado de Orden Público, por auto del 10 de abril de 1992, ordenó la captura de Miguel Antonio Rojas Chisino, no obstante advertir que el período para pedir pruebas ya había precluido, pero que en aras del derecho de defensa del acusado disponía la declaración de Rojas Chisino, toda vez que sus manifestaciones podían incidir en el proceso. A su turno el referido despacho ordenó la compulsación de copias a efectos de que se investigara la posible conducta delictiva en que pudo incurrir el mencionado sujeto, según los hechos denunciados por Colin Shearing. Ordenó a su vez oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil en solicitud de la cartilla decadactilar de Miguel Antonio Rojas Chisino (fls. 207 y ss. del c. o. No. 1).

"A folio 212 del c. o. No. 1 aparece contestación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se da cuenta de la inexistencia de cédula de ciudadanía a nombre de Miguel Antonio Rojas Chisino.

"Cumplido lo dispuesto en el auto del 10 de abril de 1992 y agotada la etapa probatoria, el Juzgado del conocimiento resolvió citar para sentencia por auto del 4 de junio del mismo año (fl. 218 del c. o. No. 1).

"Culminada la etapa de la causa a cargo del Juzgado de Orden Público, se profirió sentencia condenatoria en contra de Colin Richard Shearing, a quien se le impuso la pena de ocho (8) años de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos, como coautor responsable por infracción a los artículos 33 y 38-3 de la Ley 30 de 1986; decisión que al

ser apelada tanto por el acusado, como por su defensor, recibió integral confirmación por parte del Tribunal Nacional en el fallo que ahora es objeto de casación"

La Demanda

En el ámbito de las causales primera y tercera de casación, previstas en el artículo 220 del C. de P. P., la demandante propone los siguientes reproches:

Primero

Violación indirecta de la ley sustancial. Para la recurrente, "...el sentenciador ignoró la existencia de un hecho en el proceso cuya evidencia probatoria habría influido en forma concluyente en su definición, haciendo posible un atenuante de la responsabilidad de mi prohijado, cayendo el Juzgador de Segunda Instancia en un error de hecho, pues el error se presentó por la previa violación del régimen probatorio del proceso".

En desarrollo de este cargo, se pone de presente que luego de la ampliación de la indagatoria del procesado Colin Richard Shearing, que incluyó cargos contra Miguel Antonio Rojas Chisino, se solicitó la captura de este personaje, a la vez que se hizo expresa manifestación de la voluntad del procesado "para tratar de ubicar la casa" donde se reunió con aquél, pedimento que el Juez de Orden Público (hoy Regional) se abstuvo de considerar, omisión que viola indirectamente el artículo 8º del Código Penal y los artículos 254 y 255 del Decreto 0050 de 1987.

Luego, abandonando el tema central del reproche, pasa a referirse a un error del juzgador de segunda instancia, cuando consideró suficientes las diligencias desplegadas por el *a quo* para verificar la existencia de Rojas Chisino (oficio a la Registraduría Nacional del Estado Civil y expedición de boleta de captura), medidas insuficientes porque no cumplen a plenitud las prescripciones de los artículos 253, 254, 255 y 258 del C. de P. P. (hoy artículos 248, 249, y 250). Encuentra también equivocado el argumento del Tribunal, al no acceder a la búsqueda del individuo Rojas Chisino porque el Estado no tenía noticia de su existencia, ya que, al contrario, "sí podía haberse encontrado", mediante búsqueda realizada por los cuerpos técnicos de inteligencia.

También critica la postura del juzgador de primera instancia al considerar como baladí y precario el argumento del sindicado de que frente a la coacción de Rojas Chisino se vio obligado a transportar la cocaína, pues al no haberse dispuesto la "búsqueda del inmueble donde presuntamente se generaron los hechos delictivos", la prueba ofrecida por el imputado resultaba incompleta.

Segundo cargo

Señala la casacionista que la sentencia se produjo en un proceso viciado de nulidad, por violación al derecho de defensa (art. 304 ordinal 3º del Decreto 2700 de 1991).

Lo anterior porque "la negación injusta de las pruebas pedidas por el defensor afectó ostensiblemente el derecho tutelado por la Carta Magna", al omitirse la localización y vinculación al proceso de Miguel Antonio Rojas Chisino, o la identificación del inmueble donde se fraguó el delito, para lo cual su patrocinado ofreció amplia colaboración. Reitera sus críticas a la denegatoria de la diligencia orientada a localizar el susomentado inmueble e insiste en que no fueron idóneos los medios utilizados por la

justicia, considerando, por último, que no se obró con imparcialidad en la búsqueda de la verdad de que trata el artículo 249 del C. de P.P., produciéndose, de contera, vulneración de las prescripciones del artículo 248 *ibidem*.

Si a los juzgadores les pareció inadmisible la prueba, así han debido consignarlo en sus fallos, pero no negarla, pues ella "complementaba la incompleta información sobre el señalado Rojas Chisino". A renglón seguido critica la "pobre... justificación de la negación de la prueba solicitada por la defensa", en tanto que no se precisa el riesgo que aparejaría la averiguación de los hechos expuestos por su patrocinado.

Finaliza su escrito solicitando se case la sentencia impugnada, proveyendo en lo que concierne a la causal tercera según los parámetros del artículo 228 del C. de P. P. y respecto de la otra causal según lo previsto en el artículo 229 *ibidem* del artículo 228 del C. de P. P. y respecto de la otra causal según lo previsto en el artículo 229 *ibidem*.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

1. Destaca, en primer término, el hecho de que los dos cargos formulados por la casacionista al través de las causales primera y tercera se contraen a uno solo: denegatoria de la práctica de pruebas pedidas por el acusado y su defensor orientadas a localizar y vincular al proceso al responsable del delito investigado, Miguel Antonio Rojas Chisino. Y resalta, en seguida, los desaciertos técnicos y conceptuales en que incurre la demandante que impiden la prosperidad del recurso y su análisis de fondo.

Estos son:

1.1. Presentar como error fáctico la violación del régimen probatorio del proceso en que pudo incurrir el juzgador de segunda instancia al omitir la realización de una prueba y luego presentar la misma circunstancia como causal de nulidad aduciendo que la negación de pruebas fue injusta.

1.2. Exhibir argumentos de tipo probatorio para cuestionar la validez de las consideraciones incluidas por las instancias para restarle credibilidad a la información del sindicado relacionada con la intervención de un tercero a quien achacara la comisión del delito al coaccionarlo para el transporte de la cocaína.

2. Dando por descontados los yerros de la demanda, para la Delegada no es exacto que el Juzgado de Orden Público hubiera omitido la práctica de las pruebas referidas por la censora, porque a la Registraduría Nacional del Estado Civil se le solicitaron la cédula y la tarjeta decadactilar de Miguel Antonio Rojas Chisino y en su contra se libró orden de captura, con resultados negativos, lo que, unido a la carencia de suficientes datos sobre la individualización de este último, imposibilitaban su vinculación al proceso. Por ello, se expidieron copias para su investigación por separado. De otro lado, no era procedente la práctica de la diligencia orientada a ubicar la casa donde presumiblemente Rojas Chisino se reunió con el procesado.

Consecuente con sus argumentaciones, el Procurador Delegado pide a la Sala denegar el recurso extraordinario impetrado.

La Corte

1. No empece a que los dos cargos formulados por la demandante, en últimas, se contraen a uno solo: denegatoria de práctica de pruebas pedidas por el acusado y su

defensor, de todas maneras la Sala los estudiará por separado, empezando por el segundo, teniendo en cuenta la prevalencia de la causal tercera.

Segundo cargo

Según el enunciado, se vulneró el derecho a la defensa con la negación injusta de las pruebas y también por la pobreza de la justificación de la negación.

Como lo ha señalado reiteradamente la Corte, cuando se acude a la causal tercera no resulta suficiente con citar la omisión de determinadas pruebas para invocar con vocación de éxito la causal de nulidad. El censor ha de señalar su trascendencia, esto es, demostrar que de haberse tenido en cuenta indefectiblemente habría favorecido la situación del condenado.

Esas preceptivas fueron olvidadas por la recurrente, pues no indicó de qué manera el no haber realizado la búsqueda de la residencia donde, se asegura, se fraguó el delito hubiese cambiado la suerte final de su poderdante, única prueba que se dejo de practicar, porque las restantes probanzas pedidas por la defensa (oficio a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como la orden de captura para conseguir su declaración en este proceso), fueron atendidas por el Juzgado de primera instancia.

No obstante, esa falta de precisión y de rigor técnico no impide que este cargo pueda ser estudiado, pues constituyendo el debido proceso una garantía de estirpe constitucional, su desconocimiento provoca la nulidad parcial o total de la actuación.

En el caso de la especie, no es exacto que los juzgadores hubieran negado la práctica de las pruebas pedidas. Al contrario, lo que los autos revelan es que aquélla fue atendida en parte y más exactamente en lo que era procesalmente posible.

Véase:

En ampliación de indagatoria, el sindicado Colin Richard Shearing incluyó referencias tardías sobre la posible intervención en los hechos de Miguel Antonio Rojas Chisino, personaje que, según él, lo conminó para el transporte del espécimen hacia el exterior. Esta afirmación llevó a su defensor a solicitar se librara orden de captura contra Rojas Chisino para su vinculación al proceso en calidad de sindicado; se pidieran a la Registraduría Nacional del Estado Civil todas las cartillas biográficas que existieran con ese nombre para un posterior reconocimiento fotográfico, y, finalmente, se ordenara la salida del centro de reclusión de Colin Richard Shearing con las debidas seguridades, para que le indique a la policía el sitio exacto de la ubicación de la casa de Miguel Antonio Rojas Chisino.

El Juzgado de Orden Público, en auto de abril diez (10) del año inmediatamente anterior, luego de considerar que la vinculación del presunto coacccionador no era procesalmente posible, dado que se avanzaba ya en la etapa del juicio, resuelve -en aras de preservar el derecho de defensa- oír en declaración a Miguel Antonio Rojas Chisino, pues su dicho puede incidir en alguna forma en este proceso, librando para el efecto -equivocadamente- orden de captura. Accedió igualmente a la solicitud de información a la Registraduría Nacional del Estado Civil y dispuso la expedición de copias con destino a los Juzgados de Instrucción de Orden Público para que por separado se adelantara la investigación de acuerdo con los datos suministrados por el inculpado.

Como la Registraduría Nacional informó que en sus archivos alfabéticos no se encontró constancia de habérsele expedido cédula de ciudadanía a Rojas Chisiro Miguel Antonio y la orden de captura no arrojó resultados positivos, el juzgador *a quo* profirió el fallo de rigor.

Bien puede verse que el derecho de defensa de Colin Richard Shearing fue preservado en todo momento. Aun por fuera del término probatorio y con el único fin de garantizar al máximo el derecho de defensa, el de instancia decretó y practicó las probanzas que permitirían establecer la existencia del presunto coaccionador y lograr su comparecencia al expediente para oírlo en declaración, pese a que lo adecuado era únicamente compulsar las copias pertinentes para que se investigara por separado su comportamiento, como, en últimas se dio.

No adoptó ciertamente el juzgador medida alguna tendente a tratar de ubicar la casa donde (el sindicado) se reunió con el señor Miguel Antonio Rojas Chisino, pero ello no traduce, como parece entenderlo la demandante, omisión capaz de proyectar efectos nocivos al derecho de defensa. Dada la información proveniente de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la probanza era superflua e improcedente. Por ello, la Sala está de acuerdo con la respuesta dada por el Tribunal Nacional al surtir la alzada: "El no acceder a remitir al procesado debidamente custodiado a un lugar incierto, a identificar un personaje del cual el Estado no tenía noticia de su existencia y transcurrido más de un año de la privación de la libertad tratando de verificar datos que tiempo atrás no suministró, con los consecuentes riesgos que ello generaría, mal puede tenerse como una violación al derecho de defensa".

La Corte, en cita jurisprudencial que reproduce el Procurador Delegado y que resulta oportuno traer a colación, tiene precisado:

"...se ha sostenido con frecuencia que cuando no se cita a los testigos presentados como prueba de descargo por el sindicado, no se decretan las pruebas solicitadas por él o por el defensor, se afecta el derecho de contradicción y consecuentemente el de defensa y en última instancia el debido proceso; pero ello ocurre siempre y cuando los testigos aparezcan claramente identificados o por lo menos individualizados y que se hayan dado elementos racionales de su posible localización, para hacer factible su comparecencia al despacho del investigador, o cuando se trata de pruebas pertinentes y conducentes, cuya práctica, a criterio del investigador, sea necesaria para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos que son motivo de investigación; porque el instructor no está en la obligación de ordenar la recepción de pruebas impertinentes o inconducentes, que evidentemente nada tienen que ver con los sucesos que se investigan, su negativa surge de bulto; al igual que cuando los medios de convicción solicitados a simple vista son instrascendentes o de imposible práctica". (Casación de junio 16/93 M. P.: Dr. Saavedra Rojas)

En el caso *sub examen*, con las pruebas que en su momento se ordenaron se garantizó el derecho de defensa de Colin Richard Shearing que -se repite- no sufrió menoscabo por no haberlo remitido a identificar el inmueble donde se fraguó el delito. Si la investigación carecía de datos suficientes sobre la existencia misma de Miguel Antonio Rojas Chisino, advierte indiscutible la impertinencia de esta probanza.

Tampoco se presenta con vocación de prosperidad en el ámbito de la causal tercera, el argumento referido a la pobreza de las razones que justificaron la negativa. Si las restantes probanzas pedidas por la defensa habían arrojado resultados negativos sobre la existencia misma del presunto sujeto coaccionador era evidente la inocuidad de la referida prueba tendente exclusivamente a la localización del inmueble en comento. Cuando el Tribunal se pronunció sobre esa prueba, ponderó el material probatorio obtenido a partir de la ampliación de la indagatoria -y en armonía con el mismo- concluyó que esa omisión no generaba violación al derecho de defensa del procesado. Su conclusión estuvo suficiente y debidamente motivada, amén de que encuentra sólido sustento en los principios de necesidad, conducencia y pertinencia de las pruebas.

La incorrecta formulación de este cargo y su no correspondencia con la realidad procesal conducen a su desestimación.

Primer cargo

Como lo había anunciado la Sala, este reproche cuyo ámbito lo circunscribe el casacionista en el error de hecho, pese a formularse y desarrollarse por separado del de nulidad, aporta para su sostenimiento similares argumentos de los expresados como fundamento del ataque estudiado. La novedad estriba en la indicación de las normas presuntamente violadas, señalamiento que, sin embargo, no aporta nada significativo al debate, pues su relación con el tema es apenas cortical.

Manifiesta inicialmente que se atropelló el artículo 8º del C. P. (principio de igualdad ante la ley). Esta norma que desarrolla el contenido del artículo 7º de la Ley 74 de 1968, aprobatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita por nuestro país, indica que ninguna persona estará sujeta a discriminación alguna por razones de edad, sexo, raza, religión, política, etc.

¿Cuál fue la discriminación sufrida por su poderdante? ¿Quizás la administración de justicia le cercenó sus derechos por ser un individuo de otro país u otra raza? El censor no aclara el punto. Simplemente reforma el tema de la omisión de pruebas pedidas por su poderdante, pero no indica si esta actitud del juez se debió a una actitud discriminatoria o, tan sólo se produjo por razones jurídicas.

Ahora bien, curiosamente cita, entre otras disposiciones, el artículo 250 del C. de P. P., que regla la actividad del juez en cuanto al rechazo de las pruebas. Si se observa la actuación, y como se dejó expresado en la respuesta al primer reproche, fue precisamente el acatamiento a esta disposición lo que signó la actividad del *a quo* en este aspecto. Recuérdese que ante la manifestación clara y contundente de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la inexistencia de Miguel Antonio Rojas Chisico consideró superfluo proceder a la localización del supuesto inmueble donde se planeó la comisión del ilícito.

Ahora bien, tampoco resulta de recibo la cita que hace del artículo 254 de la misma obra, como disposición también vulnerada por el sentenciador. Si su intención es la de polemizar sobre los posibles errores de hecho que se cometieron, no tiene razón de ser su prédica en torno a una norma que dispone la aplicación de las reglas de la sana crítica a la evaluación de las pruebas. Si el motivo de inconformidad hubiese sido el error de derecho por falso juicio de convicción, la evocación sería entendible, pero en este caso

y según la expresa mención que hace, pretende abrir la discusión sobre un yerro cometido sobre la expresión de la prueba y no sobre su evaluación.

Puestas de resalto estas primeras falencias, entra la Sala a estudiar el cargo en concreto. Según palabras del casacionista:

"El sentenciador ignoró la existencia de un hecho en el proceso cuya existencia probatoria habría influido en forma concluyente en su definición haciendo posible un atenuante de la responsabilidad de mi prohijado", incurriéndose, por tanto "en un error de hecho, violando indirectamente la ley sustancial, pues el error se presentó por la previa violación del régimen probatorio del proceso".

Cuando en la demanda se alega la causal primera, cuerpo segundo, hácese imperioso que la argumentación conduzca a demostrar que la sentencia vulneró indirectamente la ley sustancial por haberse cometido falencias sobre la existencia de la prueba o su justa apreciación (errores de hecho), o sobre la aducción y admisibilidad de las pruebas al proceso o acerca de las normas reguladoras de su valor probatorio (errores de derecho).

En el caso de los errores de hecho, menester es que igualmente se especifique si el juzgador omitió el examen de una prueba que de haberla valorado correctamente habría variado el alcance de la sentencia (falso juicio de existencia por omisión), o si supuso la existencia de una prueba (falso juicio de existencia por suposición), o si, en fin, tergiversó o distorsionó el sentido de alguna de las pruebas allegadas al proceso (falso juicio de identidad).

En estos supuestos, la censura, cualquiera que ésta sea, debe referirse indefectiblemente a las pruebas del proceso pero no a las omitidas o dejadas de practicar. Así, acertada es la conclusión del Ministerio Público cuando advera que "Si el Juez no ha buscado las pruebas de la coartada presentada por el procesado", eventualmente podría presentarse violación de su derecho a impetrar pruebas y a defenderse, lo que comportaría nulidad de la actuación, pero en modo alguno errores de hecho como los agitados por la demandante.

Por ello, como en el caso subexamen no han existido los yerros fácticos mencionados y tampoco podrían existir porque la inconformidad en este punto se centra en la omisión de la práctica de pruebas dirigidas a la ubicación y localización del personaje que pudo haber fraguado el delito, tampoco tiene vocación de prosperidad este reproche.

Dentro de este mismo cargo se censura el que se hubiera considerado por el juzgador de primera instancia como baladí y precario, el argumento relacionado con las presuntas amenazas de que fue objeto el procesado para el transporte de la sustancia prohibida. Como lo anota la Delegada, el desacierto técnico en la presentación de este cargo, en el que se entremezclan consideraciones propias de la causal de nulidad que ya fue analizada es tan ostensible, que conduce necesariamente a su rechazo. Así se refirió el Ministerio Público a este tema:

"Igualmente incurre en desacierto técnico, al presentar consideraciones de tipo probatorio en las que cuestiona la validez de las formuladas por las instancias para proponer la preeminencia de las propias, como cuando afirma refiriéndose al primer cargo (error de hecho) que 'Sin embargo, el juzgador de primera instancia, considera como baladí

y precario el argumento expuesto por Colín, cuando éste afirma que ante la coacción del citado Rojas Chisino se vio obligado a transportar cocaína. Argumento que no comprobé suficientemente el señor Juez para considerarlo baladí y precario, pues la prueba como tal era incompleta al no admitir la petición del defensor, sobre la búsqueda del inmueble donde presuntamente se generaron los hechos delictivos. Las anteriores consideraciones probatorias no son admisibles en el recurso extraordinario de casación en cuanto cuestionan la apreciación probatoria de los Juzgadores de Instancia".

La suma de errores técnicos, la inconsistencia de sus argumentos; en fin, la proposición de falencias ajenas a la causal aducida presto predican la improsperidad 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.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION / NULIDAD

Cuando se pretende apelar de una sentencia, pero coetáneamente se ataca la validez de la misma ante el funcionario que la emitió, deprecando su nulidad, es claro para la Sala que mal puede entenderse válidamente recurrida, porque para este momento se ignora si el fallo sobrevivirá o no a la decisión que se reclama. En estricto sentido, lo que con esta actitud procesal plantea el recurrente es un imposible jurídico: la sentencia es nula, y ustedes, señores magistrados, deben invalidarla; pero si no lo hacen, yo desde ahora y antes de que se pronuncien sobre el particular, y por ende antes que conozca las razones y motivos del futuro pronunciamiento, interpongo recurso de apelación. / Como se advierte, el objeto de la apelación en este caso no fue propiamente la sentencia, sino el auto que eventualmente y en un futuro decidiera no invalidarla. En realidad, pues, lo que se pretende con este procedimiento es algo no permitido por la ley y que desconoce la naturaleza de los recursos, pues resulta absurdo pensar en una impugnación que no rebata los motivos de inconformidad, lo que se daría, por sustracción de materia, de aceptarse la tesis que se critica. / Gracias al artículo 28 de la Ley 81 de 1993, la apelación, y esto únicamente respecto de los autos interlocutorios susceptibles de este recurso, sólo se puede interponer como subsidiaria de la reposición, y nada más. Pero adviértase que al fin y al cabo se trata de dos recursos y que con esa autorización se pretende una economía procesal, que no puede buscarse a través de otros mecanismos no consentidos por la ley y que contravienen la naturaleza de este medio de impugnación. Ningún otro condicionamiento autoriza el legislador. Por manera que quien pretenda apelar de una sentencia debe hacerlo dentro de los términos de ejecutoria pero sin condicionar sus recursos a decisiones posteriores. / Para hacer viable la apelación que se comenta no puede de ninguna manera equipararse la solicitud de nulidad con un recurso de reposición, pues bien es sabido que se trata de dos instituciones totalmente distintas, y que contra las sentencias no procede este recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8901. Segunda instancia.

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado acta número 106 nov. 17/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Se pronunciará la Sala sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado doctor Orlando Arias Lima, ex Juez Primero de Orden Público de Pereira, contra la sentencia de 5 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Nacional.

Se Considera

Mediante escrito fechado el 19 de agosto del año en curso, el defensor del procesado demandó del Tribunal Nacional la nulidad de la sentencia emitida por aquella misma Corporación el 5 de ese mes, y simultáneamente, aunque de manera subsidiaria, interpuso el recurso de apelación.

No accedió el Tribunal a decretar la nulidad solicitada, pero sí concedió el recurso de apelación por estimar que se trataba de una sentencia aparentemente impugnada en tiempo oportuno.

Distinto es el concepto de esta Sala, pues al no estar permitido este condicionamiento de los recursos, resulta que el así interpuesto no tiene validez alguna, como que en el fondo su objeto no es más que una providencia que todavía no se ha dictado, cual es la que va a decidir sobre la nulidad reclamada, y no la sentencia, como aparentemente podría pensarse y como de manera expresa se manifiesta en el memorial.

En efecto. Cuando se pretende apelar de una sentencia, pero coetáneamente se ataca la validez de la misma ante el funcionario que la emitió, deprecando su nulidad, es claro para la Sala que mal puede entenderse válidamente recurrida, porque para este momento se ignora si el fallo sobrevivirá o no a la decisión que se reclama. En estricto sentido, lo que con esta actitud procesal plantea el recurrente es un imposible jurídico: la sentencia es nula, y ustedes, señores magistrados, deben invalidarla; pero si no lo hacen, yo desde ahora y antes que se pronuncien sobre el particular, y por ende antes que conozca las razones y motivos del futuro pronunciamiento, interpongo recurso de apelación.

Como se advierte, el objeto de la apelación en este caso no fue propiamente la sentencia, sino el auto que eventualmente y en un futuro decidiera no invalidarla. En realidad, pues, lo que se pretende con este procedimiento es algo no permitido por la ley y que desconoce la naturaleza de los recursos, pues resulta absurdo pensar en una impugnación que no rebata los motivos de inconformidad, lo que se daría, por sustracción de materia, de aceptarse la tesis que se critica.

Por esta vía de la accesoriedad que ahora se intenta, y si la tesis se abriera paso, en adelante ya todos los recursos se interpondrían así, condicionadamente: si la sentencia que usted, señor juez, llegue a dictar en esta causa -dirían todos los sujetos procesales en la audiencia- es contraria a los intereses que represento, desde ya le manifiesto que apelo. Y si el fallo que se dicte al resolver este recurso también me resulta desfavorable, igualmente y desde ahora expreso que interpongo el recurso extraordinario de casación, contra la sentencia que emita en su momento el Tribunal.

Hasta ahora y gracias al artículo 28 de la Ley 81 de 1993, la apelación, y esto únicamente respecto de los autos interlocutorios susceptibles de este recurso, sólo se puede interponer como subsidiaria de la reposición, y nada más. Pero adviértase que al fin y al cabo se trata de dos recursos y que con esa autorización se pretende una economía procesal, que no puede buscarse a través de otros mecanismos no consentidos por la

ley y que contravienen la naturaleza de este medio de impugnación. Ningún otro condicionamiento autoriza el legislador. Por manera que quien pretenda apelar de una sentencia debe hacerlo dentro de los términos de ejecutoria (como lo hizo aquí el defensor del procesado), pero sin condicionar su recurso a decisiones posteriores, como sucedió en el caso *sub judice*.

Dígase, por último, que para hacer viable la apelación que se comenta no puede de ninguna manera equipararse la solicitud de nulidad con un recurso de reposición, pues bien es sabido que se trata de dos instituciones totalmente distintas, y que contra las sentencias no procede este recurso (arts. 199 y 211 C. de P. P.).

Estas, las razones por las cuales el recurso de apelación así interpuesto resulte para la Sala absolutamente improcedente. Por tanto, se le inadmitirá.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de apelación interpuesto, como subsidiario de una solicitud de nulidad, por el defensor del procesado, doctor Orlando Arias Lima.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gaviilo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO

Se cae en yerro de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (error de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (error de identidad).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 8206.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 107.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Jorge Guzmán, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Único Superior de Zipaquirá, que condenó al aquí recurrente como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas en concurso de hechos punibles, a la pena principal de ciento veintiún (121) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período, y al pago de $12.290.428 y el equivalente a moneda nacional de 100 gramos oro, por concepto de perjuicios materiales y morales causados con las infracciones, al tiempo que se le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

I. Hechos y Actuación Procesal

En las primeras horas de la noche del día 9 de octubre de 1990, en la buseta que hacía el último recorrido de la zona urbana de Zipaquirá a la vereda de San Jorge del mismo municipio, se transportaban Luis Enrique Cárdenas, Samuel Martínez, Guillermo Fandiño, Alcides Rodríguez, Rafael Hernández y Jorge Guzmán.

El automotor dejó a sus ocupantes en el sitio denominado Patio de Guapos, y Jorge Guzmán, quien se encontraba armado y en estado de embriaguez, procedió a hacer algunos disparos al aire al tiempo que manifestó "yo aquí no me dejo de ningún H.P.". De ese lugar se retiraron Samuel Martínez, Guillermo Fandiño y Alcides Rodríguez. Momentos después emprendió camino Rafael Hernández, dejando solos a Luis Enrique

Cárdenas y Jorge Guzmán, sujetos éstos que habían tenido un cruce de palabras no amistoso durante el recorrido de la buseta.

Cuando los primeros en irse del lugar habían avanzado entre ochocientos y mil metros, y el último en retirarse había caminado más o menos una cuadra, oyeron dos disparos.

Hacia las diez de la noche fue encontrado el cadáver de Luis Enrique Cárdenas, en el sitio donde fue visto por última vez en compañía de Jorge Guzmán, y su muerte se originó por heridas producidas con arma de fuego.

Por el hecho anterior fue aprehendido Jorge Enrique Guzmán, a quien se vinculó a este proceso mediante indagatoria por el Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal de Zipaquirá, despacho que le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

Cerrada la investigación el Juez Instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el implicado como presunto autor del delito de homicidio, providencia cuya reposición fue negada y luego confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que la adicionó acusando al procesado también como presunto infractor del Decreto 3664 de 1986.

El Juzgado Trece Superior de Bogotá conoció de la etapa del juicio, y luego de practicada la audiencia pública dictó sentencia. El Tribunal Superior de Cundinamarca al desatar el recurso de apelación contra el fallo anterior, declaró la nulidad, por considerar que el Juzgado Superior de Bogotá evidentemente carecía de competencia territorial desde el 3 de octubre de 1992, fecha en la cual se había posesionado el Juez Unico Superior de Zipaquirá, quien adquirió la competencia para conocer de los procesos seguidos por sucesos acaecidos en su circuito y, en consecuencia, invalidó las actuaciones cumplidas con posterioridad a dicha fecha, esto es, la vista pública y la sentencia.

El Juzgado Unico Superior de Zipaquirá, luego de realizar la audiencia pública, dictó el fallo condenatorio en la forma como se dejó consignado, el cual fue confirmado íntegramente por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sala mayoritaria.

II. La Demanda

Al amparo de la causa primera prevista en el artículo 220 del C. de P. P., la demandante acusa la sentencia de segundo grado por estimar que se incurrió en "violación indirecta de la ley sustancial, constituyendo un error de hecho por falso juicio de existencia".

Sostiene la actora que se violó el artículo 323 del C. P. "teniendo en cuenta que ante la ausencia de prueba que determine con certeza la responsabilidad penal del señor Jorge Guzmán como autor del delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Cárdenas Cárdenas, no puede imputársele a él la norma sustantiva en cuestión".

El ataque de la censora será dirigido a la prueba indiciaria, que fue el fundamento de la sentencia recurrida.

Indicio de presencia u oportunidad física: el fundamento de la censura lo radica la impugnante en la inexistencia del hecho indicador como base para constituir el indicio referido, y para demostrarlo hace los siguientes planteamientos:

De las declaraciones de Samuel Martínez, Guillermo Pandiñe y Alcides Rodríguez, se determina que estuvieron presentes en Patio de Guapos antes de las 8 p.m. En el plenario aparece -acta de defunción y declaraciones- que el cuerpo del occiso fue encontrado alrededor de las 10 p.m. De donde se concluye que entre el momento en que los declarantes dejaron a Cárdenas y Guzmán en el sitio antes indicado y el descubrimiento del cadáver transcurrieron cerca de dos horas.

De las mismas declaraciones se desprende que los deponentes habían avanzado entre 800 y 1.000 metros desde el momento en que habían dejado al occiso, al sindicado y a Hernández, cuando oyeron dos detonaciones más y según Hernández, él había recorrido una cuadra desde el momento en que dejó a Cárdenas y a Guzmán, lo que implica que desde el retiro de los declarantes hasta que se escucharon las detonaciones pasaron algunos minutos, teniendo en cuenta que el sitio era oscuro y dichos sujetos habían ingerido bebidas embriagantes.

Sostiene que según el tratadista Yesid Reyes Alvarado, para constituir un indicio de oportunidad, debe señalarse que efectivamente el procesado estaba en el lugar de los hechos durante el tiempo que ellos tuvieron ocurrencia.

Expresa que es evidente que no está probado dentro del proceso que el homicidio hubiera ocurrido cuando aún el sindicado estuviera presente, de tal manera que pudo ocurrir en cualquier momento desde que Hernández se retiró del sitio de los hechos (aproximadamente a las 8 p.m.) y aquel en que encontraron el cadáver (aproximadamente a las 10 p.m.). Se debe tener en cuenta que la única versión que existe sobre el momento en que el sindicado se retiró de Patio de Guapos es su injurada, según la cual él procedió a marcharse con Hernández, aclarando que la misma enfrenta a la del último de los citados, el cual asegura marchó solo, dejando a Cárdenas y a Guzmán en el sitio antes señalado.

Manifiesta que desafortunadamente no se puede entrar a discutir la versión de Hernández sin valorarla; y, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, ello no puede ser objeto de este extraordinario medio de impugnación.

A pesar de lo anterior, para la censora es evidente que no está probado en qué momento el sindicado se retiró del sitio en cuestión, ello pudo ocurrir inmediatamente se fue Hernández o en cualquier instante desde ese hecho hasta que encontraron el cadáver, o sea aproximadamente dos horas después, sin que sepa qué ocurrió en el transcurso de ellas".

Desde que se retiró Hernández hasta que fueron escuchadas las detonaciones, se cumplió un lapso que si bien no está determinado en el plenario, sí se sabe que corresponde al que pudo durar el citado en recorrer una cuadra en la oscuridad y con algún grado de embriaguez. Por ello no se sabe si el sindicado se retiró inmediatamente lo hizo Hernández o si se quedó en el lugar hasta que sonaron las detonaciones y tampoco se sabe si el occiso fue muerto en ese lapso.

En la sentencia se toma como base para constituir el indicio que el sindicado estuvo presente un tiempo cercano a la comisión del hecho criminoso, concepto demasiado gaseoso e impreciso, siendo que si está probando el hecho indicador para este indicio, como su nombre lo dice, es de presencia, o sea que ésta debe ser concomitante a la ocurrencia del ilícito.

Indicio de actitud sospechosa: de acuerdo con el Tribunal se originó en el comportamiento asumido por Guzmán contra el occiso en la buseta que los condujo a Pario de Guapos y posteriormente en este sitio

De las declaraciones de quienes estuvieron presentes en los mencionados lugares, se observa según la censora la inexistencia del hecho indicador, porque Pandiño, quien en la buseta se sentó en el mismo sitio de Guzmán, manifiesta que después de algunas palabras con el sindicado, éste dijo: "a mí que no me moleste, yo tampoco lo jodo", al mismo tiempo que se esculcaba los bolsillos y en la noche en que ocurrieron los hechos no vio o escuchó discusión entre Guzmán y Cárdenas.

Los testigos Jairo Montaño, Ruperto Prada, Samuel Martínez, Alcides Rodríguez y Rafael Hernández sostienen que no ocurrió ningún tipo de discusión en la buseta: entonces "si la Sala asegura en la sentencia que el hecho indicador está probado mediante testimonios y ninguno de los recepcionados afirma lo que se dice es (sic) dicho hecho, evidentemente el mismo es inexistente por falta de prueba que lo determine y por tanto también es inexistente el indicio por ausencia del hecho indicador".

Lo mismo ocurre con lo expuesto por Hernández, en cuanto al comentario del sindicado, quien dijo: "yo aquí no me cejo de ningún H.P.", frase expuesta después de bajarse de la buseta y de acuerdo con lo manifestado por el declarante no se sabe a quién iba dirigida. Las demás personas informan que no hubo problemas entre los presentes, así "si la Sala afirma que la prueba del hecho indicador son los testimonios y éstos no informan que se haya presentado conflicto entre el sindicado y el occiso, no se constituye dicho hecho y el indicio es inexistente".

Para el Tribunal la base de la prueba indiciaria para condenar es un indicio total o mayor, el cual está constituido por un cúmulo de indicios menores, de tal manera que el conjunto de indicios de oportunidad física, participación en el delito, oportunidad personal, móvil delictivo, actitud sospechosa y mala justificación, valorados mediante las reglas de la sana crítica, le dio al sentenciador la certeza de la responsabilidad del sindicado.

Si algunos de los indicios menores es o son inexistentes por ausencia del hecho indicador, caben los siguientes interrogantes: ¿la Sala hubiera llegado a la misma conclusión al valorar menos indicios menores?; ¿hubiera considerado que el conjunto de indicios menores restantes crean el indicio mayor para llegar a la conclusión que llegó?

Dice la impugnante que "Es claro que no podemos proceder a realizar juicio de valor de la Sala ante la presencia de una situación como la expuesta. Pero también es claro que ante la ruptura de la unidad indiciaria se debe realizar un juicio de valor por parte del juzgador, que el Tribunal no efectuó en las condiciones expuestas sino en otras", lo que la lleva a solicitar a la Corte "el realizar este acto", teniendo en cuenta que ante el citado conjunto de indicios menores, considera que no se puede constituir el indicio mayor suficiente para condenar por homicidio a su representado, sin que estén reunidos los requisitos del artículo 247 del C. de P. P. "por falta de certeza de responsabilidad para condenar"

Solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida y en la que deba reemplazarla se absuelva a Jorge Guzmán por el delito de homicidio, manteniéndose la condena por el porte ilegal de armas.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte rechazar los cargos y de consiguiente no casar la sentencia impugnada, por la carencia de técnica que caracteriza el libelo.

Señala que de manera confusa y carente de técnica formula y desarrolla la defensora los cargos que aduce: no determina la forma en que en su criterio resultó transgredido el artículo 323 del C. P. No concreta si el error de hecho originado en un falso juicio de existencia lo fue por omisión o por suposición de prueba.

De otra parte, cuando se alude a la prueba indiciaria, dada la complejidad de este medio probatorio, se ha sostenido que resulta diferente en técnica de casación atacar el hecho indicador del que se parte para arribar a la conclusión, de la inferencia lógica o prueba indiciaria en sí, dado que en el primer supuesto la acusación ha de dirigirse a enervar la prueba del hecho indiciario que se pretende desvirtuar y en tal medida serían viables todas las modalidades de ataque posibles que admita esa prueba, cuando de error de hecho se trata; en tanto que en el segundo evento sólo se puede fundar la censura por la vía del error de hecho originado en un falso juicio de identidad, pues lo que se cuestiona es la distorsión en que incurre el sentenciador en el raciocinio lógico que lo lleva a la conclusión inferida, con fundamento en las reglas de la experiencia.

Del contenido del libelo, se debe afirmar que no obstante hallarse formuladas las acusaciones por la vía del error de hecho originado en falsos juicios de existencia, su desarrollo no guarda armonía, en la medida en que los argumentos esgrimidos por la autora, de ninguna manera llevan a determinar que el fallador hubiera omitido o supuesto alguna o algunas pruebas que lo condujeran a asumir la decisión impugnada, luego los yerros propuestos no encuentran demostración.

Se aprecia que lo que intenta enervar la demandante es la prueba de los hechos indicadores que llevaron al juzgador a deducir los indicios de presencia u oportunidad, y actitud sospechosa como indicantes, entre otros, de responsabilidad penal en el homicidio que le fuera imputado al procesado.

Sin fundamentar la censura en los errores de hecho propuestos, y menos presuntamente edificados en falsos juicios de existencia, sino en un problema de valoración de los elementos testimoniales a que la misma se refiere y de cuya estimación el sentenciador llegó a la certeza de los mencionados hechos indicantes, *contrario sensu* a lo sostenido y argumentado por la libelista, todo lo cual revela que además de un desacertado desplazamiento de la acusación hacia el terreno del error de derecho originado en un falso juicio de convicción, " que entre otras cosas no es admisible en tratándose de prueba testimonial que no está sujeta a determinada tarifa legal", lo que plantea la demandante es una controversia probatoria propia de las instancias y que no es admisible en sede de casación por la doble presunción que ampara los fallos judiciales.

Anota la Delegada a este respecto que el sentenciador resta válidamente mérito de credibilidad, dentro de las reglas de la sana crítica, a las declaraciones de los testigos citados por la censora en cuanto tienden a señalar que no hubo discusión de ninguna índole entre la víctima y el procesado momentos precedentes al insuceso y por ende que no existía motivo para que este último llevara a cabo la acción homicida, contrastando

esta apreciación con aquella en que hace residir la recurrente el aspecto central de la acusación.

Advierte que fundamentado un ataque, en principio contra la prueba de los citados hechos indicadores, termina criticando la inferencia lógica efectuada por el fallador, al decir que ese concepto de "en tiempo cercano" le parece gaseoso e impreciso, con lo que además revela una censura indiscriminada a la prueba indiciaria que no se acomoda a las exigencias técnicas, y a los comentados presupuestos en que ésta se debe fundar, y con argumentos polémicos que tampoco corresponden ni a la vía de acusación elegida, ni a la impugnación extraordinaria.

Agrega: "Ni por ese aspecto ostensible o manifiesto que habrían de resultar los errores alegados..., ni por su trascendencia en la decisión recurrida, tendrían vocación de prosperidad los supuestos yerros acusados por la demandante; pues basta con leer el proveído censurado, para advertir que son muchos y diversos los elementos de persuasión en que se sostiene la condena del procesado, a pesar de los cuestionados, y de otra parte, que de ser protuberantes, como se requería para el reconocimiento de los vicios acusados, no hubiera tenido necesidad de acudir a las complejas disquisiciones que se observan en el planteamiento de la censura".

IV. Consideraciones de la Corte

Es verdad que el cargo es confuso y contradictorio y por ello el examen de su contenido se torna imposible.

En efecto, mucho ha repetido la jurisprudencia que se cae en yerro de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (error de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (error de identidad). En este caso se afirma en el libelo que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, pero no se precisa si éste se vincula a una omisión o suposición de pruebas. Y en estas circunstancias la Sala no puede precisar el punto, toda vez que el desarrollo del cargo no corresponde al error enunciado en la medida en que de los argumentos esgrimidos por la censora lo que se logra dilucidar es que su inconformidad radica en la valoración probatoria de la prueba testimonial a la que hace referencia en la demanda y de cuya estimación el juzgador llegó a la certeza de los hechos indicadores que lo llevaron a deducir en contra del procesado, los indicios de presencia u oportunidad, y actitud sospechosa, entre otros, como prueba de la responsabilidad penal por el homicidio que le fuera imputado.

A la postre, la impugnante no logra ubicar la censura en que se ignorara en el fallo objetado alguna prueba o se reconociera una inexistente. Los elementos probatorios en favor y en contra están contenidos en el fallo y los yerros propuestos en la forma como se plantearon, no encuentran demostración.

Al centrar el ataque en la prueba indiciaria, la impugnante se ve en la obligación de demostrar que el hecho indicador, de cuya inferencia se establece el hecho indicado, fue supuesto por el fallador.

Son dos los indicios cuestionados por la recurrente.

1. El primero de ellos el "indicio de presencia u oportunidad física", que fundamenta el sentenciador en que "el sindicado estuvo presente en el lugar de los hechos en tiempo

cercano a la comisión del hecho criminoso ... y que fue en compañía de quien por última vez se vio al occiso en el lugar donde dos (2) horas después se encontrara su cuerpo sin vida", no recibe ninguna argumentación en el desarrollo del reproche que esté encaminada a demostrar la "inexistencia del hecho indicador". Su sustentación se circunscribió a oponerle al criterio del fallador su propia valoración de la suma probatoria, proponiendo nuevas opciones, originales interpretaciones y las necesarias conclusiones, que, como es apenas natural, se dirigen a favorecer sus intereses.

Así asegura que no está probado que el homicidio hubiera ocurrido cuando aún el sindicado estuviera presente, por cuanto pudo haber sido en cualquier momento desde que Hernández se retiró del sitio de los hechos (aproximadamente a las 8 p.m.) y aquel en que fue encontrado el cadáver (aproximadamente a las 10 p.m.).

En lo que se refiere al momento en que se retiró el acusado del Patio de Guapos, advierte que la única versión que existe sobre el particular es la de la injurada, según la cual procedió a marcharse con Hernández, aclarando que la misma enfrenta a la de ese testigo, que asegura que se marchó solo dejando a Cárdenas y Guzmán en el sitio mencionado, pero que desafortunadamente no se puede entrar a discutir tal versión sin valorarla, lo que implicaría atacar la sana crítica utilizada por el sentenciador al sopesar las pruebas, lo que no es posible por no ser objeto de este extraordinario medio de impugnación.

A pesar de lo anterior concluye que como no está probado el momento en el que el sindicado se retiró del sitio en cuestión, ello pudo ocurrir inmediatamente se fue Hernández o en cualquier instante desde ese hecho hasta que se encontró el cadáver; no se sabe qué ocurrió en el transcurso de esas dos horas, ni tampoco en el tiempo que pasó desde que fueron escuchadas dos detonaciones de arma de fuego y el lapso que no está plenamente determinado en el plenario, correspondiente al que pudo durar Hernández en recorrer aproximadamente una cuadra en la oscuridad y con algún grado de embriaguez.

Con esta visión particular del proceso, la censora no logró desvirtuar la base que tuvo en cuenta el Tribunal para constituir el indicio. Finalmente, la verdadera intención de su alegato sale a relucir, cuando en líneas posteriores señala que según su parecer no está probado el hecho indicador, porque la presencia del sindicado en tiempo cercano a la comisión del hecho criminoso es un concepto demasiado gaseoso e impreciso, pues ésta debe ser concomitante a la ocurrencia del ilícito. Con estas palabras reduce el problema a lo simplemente valorativo, por demás ajeno a la causal de casación invocada.

Si la demandante pretendía demostrar el yerro de hecho por falso juicio de existencia, resulta claro que el objeto de su censura debió enfocarlo a comprobar tal falencia respecto del hecho indicador, que en el caso que nos ocupa permanece incólume ante sus ataques.

Ahora, decir como lo hizo el fallador, que con los testimonios se prueba que el sindicado estuvo presente en tiempo cercano a la comisión del hecho criminoso, no es ningún concepto gaseoso que no permita construir a partir de él el indicio de oportunidad, ni tampoco descarta la presencia del acusado de manera simultánea con la ocurrencia de los hechos; todo lo contrario, la está confirmando. Lo que se observa es una absoluta fidelidad con el contenido de la prueba testimonial, pues efectivamente lo que a los

declarantes les consta es que al momento de retirarse del lugar el acusado quedó allí con la víctima, y momentos después sintieron los disparos, de donde el Tribunal infiere, apoyado en otros indicios, que él fue el autor del delito.

Exigir más implica desconocer la naturaleza de la prueba indiciaria y pretender que no se le tenga en cuenta porque no es prueba directa, como sí lo serían los testimonios, si sus autores hubieran presenciado el momento de la consumación del homicidio.

2. En lo que se refiere al segundo indicio, "de actitud sospechosa", originado en el comportamiento asumido por el procesado antes del hecho, tampoco sufre ninguna mengua con las críticas de la impugnante, que, lejos de comprobar a la Sala la inexistencia de los hechos indicadores por error de hecho presuntamente edificado en falsos juicios de existencia, entrañan un desacuerdo con la valoración probatoria realizada por el fallador con respecto a las fuentes del indicio, cuestión que significaría un error de derecho que no sustentó.

Lo que evidentemente plantea la libelista es una verdadera controversia probatoria propia de las instancias, en la cual pretende oponer al criterio del fallador su propia valoración con respecto a la prueba testimonial.

Sobre el particular, el Procurador atinadamente hace notar que el sentenciador resta válidamente mérito de credibilidad, dentro de las reglas de la sana crítica, a las declaraciones de los testigos citados por la censora en cuanto tienden a señalar que no hubo discusión de ninguna índole entre la víctima y el procesado momentos precedentes al insuceso, contrastando esta apreciación con aquella en que hace residir la recurrente, el aspecto central de la acusación.

En el caso presente se advierte que la condena del procesado se sostiene en una cadena de indicios fundamentados en muchos y diversos elementos de persuasión, como los indicios de móvil delictivo, mala justificación y la prueba técnica que verificó que las vainillas encontradas en el lugar donde se produjo la muerte del señor Cárdenas fueron disparadas por el revólver del sindicado, a las cuales no hace referencia la casacionista, circunstancia que debilita en grado sumo su alegato, al presentar una visión inconsistente que no cobija todo el ámbito probatorio y por ende deja intactos los fundamentos principales de la sentencia impugnada.

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 existencia que se invoca, y cuya censura se caracteriza por ser una simple oposición del criterio de la impugnante al del sentenciador.

La improsperidad del ataque es manifiesta y así ha de declararse.

Observando la sentencia del Juez Superior, acogida por el Tribunal de Cundinamarca, se advierte que en cuanto a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas no se tuvo en cuenta el artículo 44 del Código Penal, que establece máximo diez (10) años para la pena accesoria en mención.

El sentenciador se excedió al fijarla en 121 meses, esto es, por un tiempo igual al de la pena principal, y ese error constituye una flagrante violación al principio de legalidad de la pena, garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, lo que permite

a la Sala, en ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 228 y 229 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, casar parcialmente la sentencia, para en su lugar declarar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas será por un término de diez (10) años.

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:

Primero. *Casar parcialmente* la sentencia recurrida, en cuanto el término fijado para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas excede el máximo previsto en la ley.

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

Tercero. En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA / LIBERTAD PROVISIONAL

El reconocimiento de cualquier circunstancia de atenuación punitiva que el peticionario pretende se haga a través de un incidente de libertad resulta a todas luces inconducente, pues la Corte no puede atender dicho reclamo, sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación con base en la demanda presentada por su apoderado en la que se reclama la modificación de la pena impuesta en el fallo de segunda instancia; lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8561.

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 107.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

El procesado Braulio Santos Aldana Rangel, quien se halla detenido en la Penitenciaría El Barne de Tunja, solicita el beneficio de libertad provisional, en atención a que en su caso se ha incurrido en violación del debido proceso, por vencimiento de los términos para presentar proyecto el Magistrado Sustanciador respecto del recurso de casación interpuesto el 19 de mayo de 1993 y la Sala para decidirlo.

Que como quiera que el delito por el cual se le acusa ocurrió en circunstancias de justificación del hecho, por la necesidad de defender un derecho propio contra injusta, actual o eminente agresión; es decir, en legítima defensa, a lo sumo ha debido imponérsele como pena la prevista para el exceso o reconocérsele el estado de ira o calificársele como homicidio culposo, no como lo hicieron los juzgadores de instancia.

Agrega que siendo así que el procesado tiene derecho al beneficio de excarcelación cuando cumpla las dos terceras partes de la pena que le corresponda habida considera-

ción de la calificación que debía dársele a la conducta, considera que el tiempo efectivo en reclusión y las rebajas a que tiene derecho superan dicha cantidad de pena, ya que a lo sumo ha debido condenársele a tres (3) años y tres (3) meses de prisión.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 64 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 27 de noviembre de 1992, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de dieciséis (16) años de prisión, como autor del delito de homicidio agravado, en la persona de Doris Galindo Maldonado, sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo de fecha 8 de febrero del corriente año, en el sentido de declararlo responsable del delito de homicidio simple y por lo mismo le fijó como pena definitiva la de diez (10) años de prisión.

Debe anotarse en primer término que el proceso llegó a esta Corporación en virtud del recurso extraordinario de casación interpuesto por el peticionario y sustentado por su defensor, siendo declarada ajustada la demanda a las prescripciones legales mediante proveído del 22 de julio del corriente año, el que le fuera notificado en forma personal el 27 de los citados mes y año. El proceso se encontraba actualmente al despacho del señor Procurador Delegado en lo Penal para rendir concepto, siendo interrumpido el término para atender la presente solicitud de libertad. Por lo mismo, al Magistrado Sustanciador no le han empezado a correr los términos para la elaboración del proyecto, ni a la Sala para adoptar la decisión que ponga fin al recurso extraordinario, siendo así que la sentencia de segundo grado impuso al procesado como pena privativa de la libertad la de diez (10) de prisión, la única causal de excarcelación que eventualmente podría presentarse sería la consagrada en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 (numeral 2º del artículo 415 del Decreto 2700 de 1991), lo cual requiere que el procesado haya descontado las dos terceras partes de la sanción impuesta, que para el presente caso lo serían ochenta (80) meses de prisión, que Aldana Rangel aún no satisface en atención a que lleva menos de dos (2) años en detención efectiva y a su solicitud no acompañó certificación alguna sobre las labores desarrolladas durante el mismo lapso.

El reconocimiento de cualquier circunstancia de atenuación punitiva que el peticionario pretende se haga a través de un incidente de libertad resulta a todas luces inconducente, pues la Corte no puede atender dicho reclamo sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación, con base en la demanda presentada por su apoderado, en la que se reclama la modificación de la pena impuesta en el fallo de segunda instancia. Lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara improcedente la pretensión de libertad del procesado Braulio Santos Aldana Rangel, por las razones anotadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA

En la nueva normativa sobre el recurso extraordinario es factible la presentación de reproches opuestos entre sí, pero ellos deben ser planteados en capítulos separados y de manera subsidiaria. / Los medios de prueba, desde que existen, admitidos como tales por el legislador, no pueden ser calificados como erróneos, como sí se puede predicar de las normas legales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8284. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 106.

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

El Juzgado Sesenta y Tres Penal del Circuito de ésta ciudad capital, por sentencia del 12 de agosto de 1992, condenó a José Humberto Hernández Pinzón a la pena principal de 19 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio calificado y hurto calificado y agravado, siendo absuelto por el delito de tentativa de homicidio. La anterior decisión fue confirmada por sentencia del Tribunal Superior del 6 de octubre de 1992.

El defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido y presentada la demanda fue declarada admisible por la Corte al reunir las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicitó se declarara nulidad parcial del proceso.

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

Hechos

El 29 de septiembre de 1991, cuando varios sujetos ingresaron provistos de armas de fuego al establecimiento comercial Jeno's Pizza de esta ciudad, y se apoderaron de la

suma de $ 657.944. En su huida se enfrentaron a dos agentes de la policía que habían sido avisados sobre los hechos, muriendo el agente Cumaco Garzón y quedando gravemente herido el agente Carlos Eduardo Avila Ombita.

El único capturado fue identificado como José Humberto Hernández Pinzón, de quien se dice disparó en varias ocasiones contra el agente con el revólver que se le decomisó en el momento de la captura.

Actuación Procesal

El Juzgado Noventa y Cinco de Instrucción declaró abierta la investigación por auto del 1º de octubre de 1991.

El dos del mismo mes y año se le recibió indagatoria a José Humberto Hernández Pinzón, a quien se le dictó auto de detención el 7 de octubre de 1991.

Con fecha 3 de febrero de 1992 se profirió resolución de acusación contra el sindicado Hernández Pinzón.

La diligencia de audiencia pública se celebró el 10 de junio de 1992 y el 12 de agosto siguiente se dictó la sentencia en la que se condenó a Hernández Pinzón a la pena principal de 19 años de prisión como coautor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, habiendo sido absuelto del delito de homicidio en grado de tentativa.

Apelado el fallo y al desatarse el recurso, el Tribunal concluyó con la confirmación de la sentencia, la que ahora es motivo de este extraordinario recurso.

Los Argumentos de la Demanda

Al amparo de la causal primera plantea el censor la acusación, sin especificar si el ataque que dirige en contra de la sentencia es por violación directa o indirecta de la ley sustancial.

En el capítulo titulado "Alcance de la impugnación" solicita que se revoque la condena injusta dictada por el delito de homicidio y que se le deje únicamente por el delito de hurto. En una segunda petición solicita se case parcialmente la sentencia por error de apreciación al no aplicarse el artículo 24 del C. P., armónico con los artículos 61, 64 y 67 del mismo estatuto, y agrega que en caso de aceptarse la segunda proposición se le disminuya la pena impuesta a su defendido.

En el capítulo "Motivos de casación" esgrime un único cargo por la presunta existencia de un error de hecho proveniente de la indebida apreciación y falta de apreciación de algunas pruebas y un poco más adelante afirma: "ya que ésta se basó en cuanto a la responsabilización que se hizo a mi patrocinado de estar incurso en el delito de homicidio agravado (en la humanidad de Luis Eduardo Cumaco Garzón), en medios de prueba técnica legal inexistentes. Este exceso hizo incurrir al fallador en violación directa de la ley, pero ahora el error de hecho es propio de la interpretación errónea del Juzgado, sentencia que violó la norma 248 del C. de P. P. *(in dubio pro reo)*, para el homicidio y/o en el peor de los casos la sentencia violó la norma sustancial del artículo 24 del C.P. (Dec. 100/80)".

En la demostración del cargo afirma que la sentencia violó las reglas de la prueba al negar la estimación y alcance a los testimonios de Germán Rojas Mora, Pedro Zapata, Hernando Fuenmayor, al igual que la confesión de Hernández Pinzón, en el sentido de haber afirmado que no portaba armas y por haber limitado su actuación a cuidar las personas que estaban en el baño y que las armas de fuego las tenían Mincho, Freddy y Nicolás.

Acepta que su poderdante participó intelectual y materialmente en el hurto, pero nunca en el homicidio; así lo entendieron los falladores de instancia al absolverlo por el homicidio tentado.

Más adelante refiere que "la condena acusada obedeció a una prueba errónea, por aplicación indebida, malinterpretación del informe rendido por medicina legal, el cual exonera a mi defendido; y el despacho *a quo*, como el *ad quem*, lo tomaron en forma contraria y errónea. No tenía arma, no disparó; por ello lo absolvieron de las lesiones personales y/o tentativa de homicidio del otro agente de policía que participó en el operativo (Luis Carlos Avila Ombita)".

En lo atinente a la prueba pericial que se le practicó al arma decomisada al procesado, éste concluyó que no fue aquella con la que se le disparó al occiso. No obstante, el peritaje es incongruente e incompleto; dado que para que pudiera deducirse tal afirmación deberán examinar los proyectiles para poder así determinar si habían sido disparados por esa arma; pero como ello no fue posible, debía de aplicarse el *in dubio pro reo*. Lo único que dice el dictamen es que las vainillas fueron disparadas por un arma similar.

En el capítulo conclusivo afirma: "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 (injurada, confesión extraproceso, confesión ante juez y secretario de mi defendido), balística, medicina legal, esto es, de las pruebas testimoniales y técnicas, como aparece inserta en el desarrollo del plenario".

Termina solicitando que "se case parcialmente la sentencia impugnada, o bien eximiendo de responsabilidad a mi protegido como autor directo del homicidio cometido en la humanidad de Luis Eduardo Cumaco Garzón, o bien dándose aplicación a los artículos 24 y 25 de la complicidad, por este delito objeto del proceso, ya que la sentencia condenatoria por el hurto calificado agravado se ciñe a la realidad procesal, más bien aun cuando es mi defendido quien ha confesado en declaración extraproceso, y en injurada y ampliación de la misma ante el funcionario competente, ya que la injurada es una prueba básica, la prueba reina del procedimiento penal colombiano".

El Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Inicia sus consideraciones el representante del Ministerio Público diciendo que la extensa demanda parece más un alegato de instancia "que el de un trabajo anclado en elaborados juicios lógico-jurídicos y por ende reverentes de elementales exigencias normativas de claridad y precisión en su formulación, da al traste con sus pretensiones merced a la serie de fallas de técnica que se le descubren".

A continuación destaca las deficiencias técnicas que se advierten desde el inicio del libelo, como cuando invoca el artículo 226, pero sin especificar si la violación de la

ley sustancial se produjo de manera directa o indirecta "omisión que coloca en difícil situación al intérprete del escrito porque, si acudiera al desarrollo posterior del cargo para llenar el vacío, se encontraría que en un capítulo posterior se sostiene que el juzgador infringió, indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida, los preceptos legales sustantivos, aseveración que corrige renglones más adelante con el señalamiento de que en la sentencia se produjo un exceso que "hizo incurrir al fallador en violación directa de la ley, propuestas contradictorias que restan claridad al libelo".

Luego de hacer un análisis sobre la presentación de cargos incompatibles concluye que "el censor ni siquiera atinó a observar adecuadamente estas exigencias formales, en la medida en que si bien no alegó causales diferentes, sí formuló cargos incompatibles entre sí que le estaban prohibidos o, cuando menos, en el evento de que pudiera aplicarse la ley procesal posterior, debería haberlos expuesto en forma separada y de forma subsidiaria".

Demuestra la inconciliabilidad de los cargos formulados cuando en ocasiones demanda la absolución y en otras solicita una reducción de la pena, al considerar la participación de su representado en calidad de simple cómplice, proposiciones que evidentemente representan cargos incompatibles, puesto que en la primera se desconoce la responsabilidad del procesado, mientras que con la segunda se reconoce.

En referencia a las normas legales citadas afirma que "más parece una enumeración arbitraria de disposiciones penales para efectos no precisados, que un serio ataque contra la sentencia de segunda instancia, que es lo que reclama el recurso extraordinario de casación" y en ese orden de ideas destaca cómo menciona los artículos 5° y 35, que hacen relación a la culpabilidad, pero que en el escrito resultan sin contenido, pues no se desarrollan argumentos de ninguna clase que apunten a demostrar su infracción.

Destaca igualmente cómo se cita el artículo 22 relacionado con la tentativa, para señalar que es extraña porque no aparece por ninguna parte como elemento de discusión; y dentro del mismo orden de ideas resalta la contradicción del libelista al citar simultáneamente los artículos 24 y 40, cuando acepta la complicidad de su poderdante en el delito de homicidio y en tales condiciones sería imposible predicar alguna causal de inculpabilidad en relación con el mismo y más aún cuando se citan los numerales 1° y 4°, que consagran, el primero, la fuerza mayor y el caso fortuito y error de tipo, el otro.

Se hace un análisis similar sobre las normas procesales citadas afirmándose que "Al lado del artículo 253, que consagra la forma de apreciación de las pruebas, se enlista el 256, que establece la forma como se han de incorporar a la actuación las pruebas trasladadas, sin la mención siquiera de los medios de convicción que han debido ser objeto de aquella prevista formalidad, ni denunciar por qué, ni en qué medida se produjo la infracción a la norma de rito".

Sostiene que todo el libelo es una absoluta confusión de motivos, porque de plantear una violación directa de la ley sustancial, luego sin mayores consideraciones habla de violación indirecta; y dentro de ésta, habla de falta de apreciación de las pruebas, pero al mismo tiempo de indebida apreciación de las mismas.

Destaca cómo se plantea la presunta violación del artículo 248 sobre el *in dubio pro reo*, pero al mismo tiempo menciona la violación del artículo 24 para concluir que "lo

anterior evidencia, una vez más, no sólo inseguridad en el desenvolvimiento del cargo sino también un completo desconocimiento de la técnica de casación. Es que no consulta con las reglas de la lógica alegar, de un lado, la duda razonable y, del otro, acusar la sentencia que conculca el artículo 24 del C. P. De esta manera se vulnera el principio reiterándose, de no contradicción, pues con lo primero se afirma la ausencia del grado de conocimiento para proferir sentencia condenatoria y con lo segundo se rechaza tal premisa, admitiéndose la existencia de base probatoria para condenar por homicidio a título de complicidad, fuera de que repugna en casación que se hagan cargos opcionales, pues tal proceder no sólo atenta contra la autonomía de las causales, sino que revela incertidumbre respecto del ataque que realmente se ensaya".

Luego de hacer similares críticas relacionadas con el desconocimiento de la técnica por parte del censor, termina solicitando no se case la sentencia.

Solicita, sí, se case parcialmente la sentencia por haberse excedido el límite legal de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas y que por tanto se tase dentro de los límites legales.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al agente del Ministerio Público cuando destaca los innumerables errores técnicos en que incurre el libelista, y que de manera necesaria llevan a la improsperidad de la pretensión procesal.

En el capítulo destinado a la causal invocada, se limita a decir que es la prevista en el numeral primero, pero sin precisar si la orientación de la acusación va a ser por violación directa o indirecta.

En el acápite que denominó "Alcance de la impugnación" solicita se case parcialmente para, a renglón seguido, hacer tres proposiciones, a saber: 1) Que se lo condene únicamente por hurto calificado y agravado y se lo absuelva por el homicidio. 2) Que se case parcialmente la sentencia por el error de apreciación que indujo a no aplicar el artículo 24, armónico con los artículos 61, 64 y 67 del C. P., y 3) Que en caso de aceptarse la segunda causal se disminuya la pena.

Se puede observar en el planteamiento esquematizado una absoluta falta de técnica porque propone peticiones contradictorias, puesto que en realidad acepta la responsabilidad por el hurto y la demanda cuestiona la que se dedujo por el homicidio; así, en la primera proposición el actor niega la responsabilidad de su defendido, puesto que solicita sea absuelto, pero de inmediato acepta la complicidad del mismo en el homicidio, cuando afirma la existencia del error de apreciación que indujo a no aplicar el artículo 24, que es precisamente el relacionado con el fenómeno de la complicidad; y es un hecho que con su mención está aceptando la responsabilidad de su defendido a este nivel de participación.

Es bien sabido que en la nueva normativa sobre el recurso extraordinario es factible la presentación de reproches opuestos entre sí, pero ellos deben ser planteados en capítulos separados y de manera subsidiaria; exigencia técnica que no cumple el casacionista, incurriendo en un verdadero despropósito, puesto que simultáneamente afirma la responsabilidad (por complicidad) y la niega en cuanto solicita la absolución de su defendido.

En el capítulo "Motivos de casación" plantea la existencia de un error de hecho que originó aplicación indebida de los artículos 5º, 22, 24, y 40 numeral 1º y 4º del C. P. y como normas medio de la violación los artículos 248, 247, 246, 251, 253, 276, 279, 295, 296, 297 del C. de P. P.

Se revela en esta enumeración de normas penales materiales y procesales la perplejidad que acompaña al libelista ante el desconocimiento de la exigente técnica del recurso extraordinario, porque en realidad ella no tiene una finalidad específica; por el contrario, se trata de una enunciación desordenada de artículos que comprenden temas de la más diversa significación; además, contradictorios entre sí, porque en cuanto a derecho penal material menciona las normas relacionadas con la culpabilidad (5) y su ausencia, por fuerza mayor o caso fortuito y por error (46.1.4) y complicidad (24) y en materia de normatividad procesal alude a artículos como los que hablan de necesidad de la prueba (246), prueba para condenar, *in dubio pro reo* (248), pruebas inconducentes (251), apreciación de la prueba (253), conocimiento del dictamen (276), noción de documento (279), apreciación del testimonio (295), confesión simple (296) y confesión calificada (297).

Luego de tan caótica enunciación afirma que "Todo lo cual determinó la violación fin que se produjo en relación con las normas sustantivas de los artículos 6º, 19, 21, 24 y 35 del C. P., como consecuencia de haber incurrido el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en error ostensible de hecho, proveniente de la indebida apreciación y falta de apreciación de las pruebas...".

En esta ocasión alude a normas relativas a la favorabilidad (6), acción y omisión (19), causalidad (21), complicidad (24) y formas de culpabilidad (35).

Como se puede observar, el libelo no tiene una finalidad específica enmarcada dentro de una determinada causal y realiza la censura en un sentido determinado de violación.

Es tal el desacierto, que un poco después de hacer consideraciones demostrativas de la violación indirecta afirma: "Este exceso hizo incurrir al fallador en violación directa de la ley, pero ahora el error de hecho es propio de la interpretación errónea del juzgado. Sentencia que violó la norma 248 del C. de P. P. *(in dubio pro reo)*, para el homicidio, y/o en el peor de los casos la sentencia violó la norma sustancial del artículo 24 del C. P. (Decreto 100/80)."

Dentro de esta misma afirmación, luego de sostener la inexistencia de prueba técnica, aduce la interpretación probatoria errónea, que representa una nueva visión contradictoria de la demanda.

Se trata, en síntesis, de una demanda en la que, además de innumerables fallas técnicas, se limita a hacer enunciaciones o meras afirmaciones sin contenido y menos sin ninguna capacidad demostrativa.

En relación con el dictamen de Medicina Legal, dice que la sentencia surge como consecuencia de una prueba errónea por aplicación indebida y mala interpretación del mismo, pues las instancias la tomaron en forma contraria y errónea en su destinación. Aquí se advierte una vez más la confusión conceptual del impugnante, pues los medios

de prueba desde que existen, admitidos como tales por el legislador, no pueden ser calificados como erróneos, como sí se puede predicar de las normas legales.

Si lo que el actor pretende es una apreciación errónea de la prueba del guantelete, con la cual estima que su poderdante ha debido ser relevado de responsabilidad, luego, en la parte conclusiva de la demanda, nuevamente se contradice, porque allí afirma de este medio de convicción y de otros que el error consistió en "la falta de apreciación de las pruebas".

Con tan lamentables deficiencias es imposible pensar en la prosperidad de la demanda; y tal como lo solicita el Procurador Delegado, deberá rechazarse el cargo en esta forma planteado.

Al ser condenado José Humberto Hernández Penzón a diecinueve (19) años de prisión, se dispuso la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; y con base en tal determinación, el Procurador solicita se case parcialmente la sentencia decretando su nulidad en este aspecto, por violarse el principio de legalidad de las penas, en cuanto a que la duración máxima de esta sanción es de diez (10) años, tal como está previsto en el artículo 44 del C. P.

Le asiste la razón al agente del Ministerio Público y en tales condiciones se casará parcialmente la sentencia para determinar que la pena de interdicción de derechos y funciones será únicamente por diez (10) años, la cual se purgará una vez cumplida la pena principal.

La Sala, en ocasiones anteriores, de manera mayoritaria ha sostenido:

"...

"Observa sin embargo la Sala que al proferir el Tribunal el fallo de segunda instancia, incurrió en dos errores a través de los cuales vulnera los principios de legalidad y de no agravación de la situación del apelante único.

"Un primer defecto que abarca estos dos aspectos se hace notorio en la tasación de la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues señalada esta sanción en diez (10) años dentro del fallo de primer grado, el *ad quem* la elevó al mismo tope de la prisión, lo que equivale a doblarla. Con tal procedimiento no solamente se distancia la sentencia de la previsión del artículo 31 Constitucional que, aun cuando posterior a la decisión del Tribunal, impide incrementar las penas para el apelante único -situación del acusado Gallo Agudelo-, sino que a la vez excede el límite legal que para esta medida autoriza el artículo 44 del Código Penal, situación que, redundando en doble transgresión de las garantías fundamentales del procesado, autoriza su rectificación oficiosa en esta sede, de conformidad con el artículo 228 posterior y favorable del nuevo Código de Procedimiento Penal". (M. P : Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de diciembre 9 de 1992. Acta número 144).

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, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Casar parcialmente la sentencia, en cuanto a que la duración de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas será únicamente de diez (10) años.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gaviria Londoño, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION / SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Los cargos que propician el juzgamiento deben ser claramente precisados en la resolución de acusación; y la sentencia debe ser dictada en armonía con los mismos, siendo posible que se le reconozcan atenuantes no señalados en la acusación o que se libere al procesado de cargos en aquélla formulados. Pero para que exista la debida consonancia y con ella el respeto al debido proceso, y el derecho a la defensa, en la sentencia no se pueden deducir agravantes no previstos en la resolución de acusación y cargos que no le fueron deducidos en la misma, porque de presentarse esta situación, nos encontraríamos en presencia de una clara discordancia entre la acusación y la sentencia que daría lugar a la prosperidad de la causal segunda de casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8311. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 106 (noviembre 17-93).

Santafé de Bogotá, D. C., 18 de noviembre de 1993.

Vistos

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó, por sentencia del 9 de julio de 1992, condenó a Pascual Renería Palacios a la pena principal de cinco años de prisión como responsable del delito de homicidio simple, en estado de ira, cometido en perjuicio de Octaviano Palma Cuesta.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Quibdó en sentencia del 3 de septiembre de 1992.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación por el defensor del procesado, éste fue concedido. Presentada la demanda, fue declarada ajustada a las exigencias de ley, por parte de esta Corporación.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal, quien solicitó no se case la sentencia.

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

Hechos

El 20 de septiembre de 1991, más o menos a las nueve de la noche, en el sector urbano de Quibdó denominado Puente García Gómez y luego de una disputa, Pascual Rentería Palacios le disparó a Octaviano Palma Cuesta en la parte izquierda de la cara, ocasionándole lesiones cerebrales que le produjeron la muerte en el Hospital San Francisco de Asís de esa ciudad.

Actuación Procesal

El Juzgado 14 de Instrucción Criminal, por auto del 23 de septiembre de 1991, abrió la correspondiente investigación. Indagado el procesado Rentería Palacios, al día siguiente, le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con proveído del 30 de septiembre del mismo año.

Aceptada la demanda de constitución de parte civil y cerrada la investigación, el funcionario instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio simple, cometido en estado de ira e intenso dolor, auto que lleva fecha del 2[illegible] de diciembre de 1991.

El expediente pasó al Juzgado Segundo Superior, quien abrió formalmente la etapa del juicio y celebrada en debida forma la diligencia de audiencia pública se dictó sentencia de primera instancia, la cual al ser apelada recibió confirmación por parte del Tribunal, y es ahora objeto del recurso extraordinario que se resuelve.

Los Argumentos de la Demanda

Una sola censura se presentó contra la sentencia proferida en este asunto, orientada a la casación de la sentencia con base en la causal segunda del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por no existir consonancia entre los cargos formulados en la resolución de acusación y la sentencia.

En el desarrollo del mismo sostiene el casacionista que la sentencia "está uniforme en apariencias con la resolución acusatoria pero en franco desacuerdo con la pena impuesta y en armonía con la dosimetría penal.. ".

En el acápite que denomina "fundamentos" hace un razonamiento en relación con la pena que le era imponible al procesado partiendo de la sanción prevista en el artículo 323, con la deducción que le corresponde por el reconocimiento del fenómeno de la ira, por lo que se le ha debido imponer al procesado una pena de tres años y cuatro meses, pero, al haber confesado el hecho delictivo es merecedor de otra rebaja de una tercera parte y en tales condiciones la pena definitiva debe ser de veintiséis meses y veintisiete días.

Termina solicitando que se case la sentencia impugnada y se dicte sentencia de reemplazo de conformidad con la dosimetría penal.

El Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Luego de explicar el sentido de la causal segunda de casación, concluye que era deber del libelista demostrar la no coincidencia de los cargos formulados en la resolución de acusación con los deducidos en la sentencia, pero que en este caso concreto no se cumplió con tal obligación, llevándolo a concluir que el escrito no cumple con los requisitos formales de una demanda de casación. Al pasar el libelista de la causal segunda a la primera sin orden, ni método de ninguna naturaleza, para luego entrar a reclamar una rebaja de pena por confesión, limitándose a manifestar su inconformidad por la cantidad de pena impuesta a su poderdante en los fallos de instancia.

Critica igualmente al censor el haber considerado en contra del criterio de las instancias la pena impuesta por el reconocimiento del fenómeno de la ira, le dedujera, toda vez que se le ha debido hacer la máxima reducción permitida, sin entrar a demostrar éste la manera en que los sentenciadores incurrieron en infracción de la ley al aplicar una diminuente punitiva en una proporción diferente.

En referencia a la alegada rebaja por confesión afirma que esta argumentación queda al margen de la causal segunda de casación, porque su ámbito de presentación debe ser al amparo de la causal primera.

Posteriormente y sobre el tema considera que teniendo en cuenta como se sucedieron los hechos, se ha de concluir que era improcedente el reconocimiento de una rebaja por confesión, puesto que el procesado fue sorprendido en flagrancia y por tales razones no era merecedor a la misma.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al representante del Ministerio Público cuando afirma que la demanda no reúne los requisitos formales exigidos en el recurso extraordinario, porque el cargo lo enuncia al amparo de la causal segunda de casación, por la presunta falta de consonancia entre los cargos formulados en la resolución de acusación y los deducidos en la sentencia, pero luego de hacer tal enunciación, reconoce que la sentencia sí está aparentemente uniforme con los cargos que le fueron formulados, pero en franco desacuerdo con la pena impuesta y en desarmonía con la dosimetría penal.

Es evidente con tal cambio de posición que se sale de la causal invocada y acude a la primera, en cuanto cuestiona la legalidad de la pena (planteamiento más apto para ser propuesto como una violación directa de la ley), además de que no realiza ningún esfuerzo por demostrar la causal efectivamente planteada y porque considera que no existe consonancia entre la acusación y la sentencia.

La verdad es que, como bien se sabe, los cargos que propician el juzgamiento deben ser claramente precisados en la resolución de acusación y la sentencia debe ser dictada en armonía con los mismos, siendo posible que se le reconozcan atenuantes no señalados en la acusación o que se libere al procesado de cargos en aquélla formulados, pero para que exista la debida consonancia y con ella el respeto al debido proceso y al derecho a la defensa, en la sentencia no se pueden deducir agravantes no previstos en la resolución de acusación, ni cargos que no le fueron deducidos en la misma, porque de presentarse

esta situación nos encontraríamos en presencia de una clara discordancia entre la acusación y la sentencia que daría lugar a la prosperidad de la causal segunda de casación.

En el caso específico se dictó resolución de acusación por homicidio simple reconociéndosele al procesado el haber actuado en estado de ira originado por grave e injusta provocación y en tales circunstancias y precisiones fue condenado, de tal manera que no se presenta en esta oportunidad el cargo enunciado y sobre el que sí no se hizo ningún esfuerzo por demostrarlo es precisamente por su inexistencia y por la imposibilidad de poderlo hacer.

De una manera sorpresiva y por fuera completamente de la causal hace una dosificación punitiva, en la que partiendo de los mínimos y máximos de rebaja previstos para el caso de la ira, hace el máximo reconocimiento de rebaja; es decir, que la pena imponible no sea menor de la tercera parte del mínimo y considera que ésa ha debido ser la pena imponible (cuarenta meses, en lugar de los sesenta impuestos por las instancias), pero no hace en este caso, tampoco, ningún esfuerzo para demostrar que la tasación que hicieron los sentenciadores pudiera estar equivocada.

Y en caso de haberlo intentado, necesariamente el ataque lo ha debido formular al amparo de la causal primera, violación directa de la ley sustancial, y no por la causal segunda, como de manera equivocada lo formuló.

Por fuera de la estructura normativa del ataque planteado igualmente dentro de esa personal tasación punitiva que propone, considera que se le ha debido reconocer a su defendido la rebaja de pena por confesión, pero es obvio que éste es también un ataque que ha debido ser intentado bajo el amparo de la causal primera.

Por lo demás, no realiza en este aspecto ningún esfuerzo demostrativo para probar que su defendido tuviera derecho a tal rebaja y que, por tanto, lo decidido por las instancias es consecuencia de un error por falta de aplicación de una norma sustancial.

Como ninguna de estas exigencias técnicas se cumple y en realidad ningún argumento demostrativo se da, alegándose cuestiones ajenas a la causal escogida, como muy bien lo propone el agente del Ministerio Público, deberá rechazarse el cargo formulado.

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

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

PORTE ILEGAL DE ARMAS / ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION

La sanción penal por violación del control oficial sobre armas de fuego, municiones y explosivos ha estado encaminada a la preservación del orden público, marco normativo dentro del que se han promulgado las disposiciones relacionadas con esa materia. / La resolución acusatoria, pieza fundamental de la acusación que una vez ejecutoriada se convierte en ley para el juzgador y los sujetos procesales, incluye dentro de las múltiples conductas reprochadas al sindicado el "suministro ilegal de arma de fuego de defensa personal", circunstancia que al amparo de la ley vigente saca el asunto de la órbita del juez del circuito y lo traslada *ipso facto* a la del juez regional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión. Radicación número 8923

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 107 de noviembre 18 de 1993

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Vistos

Dirime la Sala de plano el conflicto negativo de competencias suscitado entre los Juzgados Penal del Circuito de Cisneros (Antioquia) y Regional de Medellín, dentro del proceso por porte ilegal de armas y municiones de defensa personal, por suministro de armas y otras conductas.

Antecedentes

El 24 de noviembre de 1989 cuando Víctor Raúl Sánchez Ríos se desplazaba en una moto por una vía peatonal de la localidad de Cisneros (Antioquia) fue interceptado por

la Policía y durante la requisa le fueron encontrados en su poder un revólver marca Llama calibre 38 largo con seis cartuchos en el tambor y siete en la canana. Posteriormente se presentó al comando de la Policía del lugar José Raúl Cano Carmona, a quien el anterior había señalado como dueño del arma, exhibiendo el salvoconducto número 3585901 expedido a su nombre por la Décima Cuarta Brigada, documento que a la postre resultó falso.

Con base en el informe del comandante de la estación inició la investigación el Juzgado 94 de Instrucción Criminal, radicado en esa población, por "los punibles de porte ilegal de arma de defensa personal y falsedad", conductas que en el auto que resolvió la situación jurídica a los indagados concretó en "porte ilegal de arma de fuego agravado" para el primero y "porte ilegal de arma de fuego, cohecho por dar u ofrecer y uso de documento público falso" para el segundo.

En la resolución acusatoria del 4 de abril de 1990 el mismo Juzgado calificó como "falsedad en documento público por uso indebido, cohecho y suministro ilegal de arma de fuego de defensa personal" las conductas atribuidas a Cano Carmona y "porte ilegal de munición y arma de fuego de defensa personal" la de Sánchez Ríos.

Asumió inicialmente la etapa del juicio el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros el 25 de mayo de 1990, luego en enero de 1992 resolvió enviar el proceso al Juzgado Superior (hoy del Circuito) por competencia, éste realizó la audiencia pública el 21 de enero del presente año y estando el asunto a despacho para sentencia se abstuvo de dictarla porque considera que por estar involucrada en la resolución acusatoria la conducta suministrar armas de fuego, así sean de defensa personal, su juzgamiento está legalmente atribuido a los jueces regionales.

Por su parte, el Juzgado Regional de Medellín no aceptó la competencia propuesta argumentando que frente al Decreto 3664 de 1986 ésta se circunscribe a las conductas descritas en el artículo 2º, "porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares", y no a las previstas en el artículo 1º, pero en el mismo auto expresamente acepta la excepción del numeral 5º del artículo 9º del Decreto 99 de 1991, que por estar referida a un solo caso dice todo lo contrario.

Agrega, en un patético contrasentido, que comparte el criterio del Ministerio Público, expresado en virtud del traslado que previamente agotó, cuando la tesis de su colaborador le plantea la falta de competencia por inexistencia de la conducta en términos tan claros como "No existe entonces la conducta de suministro... Y si no existe tal conducta, que es la que otorga o confiere competencia a la jurisdicción regional, mal podría ahora pronunciarse...".

Como, pese a la recíproca manifestación de incompetencia, el expediente fue devuelto al Circuito, éste tuvo oportunidad de enfatizar su negativa aduciendo que la competencia en relación con las conductas descritas en el Decreto 3664 de 1986 estaba determinada en el numeral 5º del artículo 9º del Decreto 2790 de 1990 y que habiendo sido declarados legislación permanente por los Decretos 2266 de 1992 y 2271 de 1991, respectivamente, aquélla continúa inalterable. Además, refuta la tesis del agente del Ministerio Público ante el Regional, que le sugiere asumir la competencia para decretar

la nulidad de la calificación por considerarla equivocada, diciéndole que en la oportunidad para pedir pruebas y solicitar nulidades en el juicio las partes guardaron silencio, aceptando así las conductas endilgadas en la resolución acusatoria.

Consideraciones de la Sala

De conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, los conflictos de competencia entre Jueces Regional y Penal los resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, atribución expresa, oportunamente advertida por la Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que ordenó la remisión del expediente a esta Colegiatura.

La sanción penal por violación del control oficial sobre armas de fuego, municiones y explosivos ha estado encaminada a la preservación del orden público, marco normativo dentro del que se han promulgado las disposiciones relacionadas con esa materia:

El Decreto 3664 de 1986 clasifica las armas, municiones y explosivos como *de* defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, especificando en cada caso las modalidades delictuales que pueden darse, dentro de un esquema taxativo de conductas autónomas, portar, reparar, suministrar, etc.

Los Decretos 2790 de 1990 y 99 de 1991 (que introdujo modificaciones al anterior) establecían la competencia de los jueces de orden público (artículo 9º) y entre otros asuntos les atribuían (numeral 5º): "...los procesos por los delitos tipificados en los artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1986. *con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal*", norma suficientemente precisa tanto en su cobertura como en la excepción.

Posteriormente el Gobierno adoptó como legislación permanente, mediante el Decreto 2266 de 1991, los artículos 1º y 2º del 3664 de 1986, manteniendo inmodificables las conductas objeto de reproche allí mencionadas, y por Decreto 2271 de 1991 (artículo 4º) algunas normas del 99 de 1991 como el numeral 5º del artículo 9º, sin alteración de la competencia y la excepción previstas.

Por su parte, el artículo 71 del C. de P. P. (vigente desde el 1º de julio de 1992), relacionado con la competencia de los jueces regionales, decía expresamente (numeral 4º): "...y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991; *con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal...*" texto que se mantiene inmodificable en la Ley 81 de 1993 (vigente desde el día 2 del presente mes).

Sin duda, a partir del Decreto 2790 de 1990, es una constante dentro de toda esta secuencia legislativa la regla general de competencia que atribuye a los jueces de orden público, hoy regionales, el conocimiento de los procesos relacionados con armas, municiones y explosivos tanto de uso privativo de las fuerzas armadas como de defensa personal con la única excepción, en el evento de estas últimas, del simple porte.

Así, frente al caso que ahora ocupa la atención de la Sala no hay alternativa, la resolución acusatoria, pieza fundamental de la acusación que una vez ejecutoriada se convierte en ley para el juzgador y los sujetos procesales, incluye dentro de las múltiples conductas reprochadas a José Raúl Cano Carmona el "suministro ilegal de arma de fuego

de defensa personal", circunstancia que al amparo de la ley vigente saca el asunto de la órbita de competencia del Juez del Circuito y lo traslada *ipso facto* a la del Juez Regional.

Mal haría el Circuito asumiendo la competencia para declarar la nulidad por el suministro y conocer de los demás delitos, como insinúa el agente del Ministerio Público ante el Regional, pues al margen de toda previsión estaría usurpando la facultad del competente para hacer pronunciamientos sobre la legalidad del enjuiciamiento exactamente en el punto que lo privó del conocimiento del proceso.

Deplorable la solución insinuada; pero aún más el criterio del Juez Regional, quien, advertido por su colaborador que la conducta del suministro le otorgaba el conocimiento, esquivó su deber interpretando en forma acomodada el precepto sobre competencia, menospreciando su claridad y precisión, con la excepción que sin solución de continuidad ha permanecido inmodificable en la legislación.

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

RESUELVE:

Primero. Declarar que la competencia para conocer del presente proceso en la etapa de juzgamiento está radicada en el Juzgado Regional de Medellín, a quien debe remitirse el expediente en forma inmediata.

Segundo. Dése noticia de esta decisión al Juez Penal del Circuito de Cisneros (Antioquia).

Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REPOSICION / PRUEBA

Si el accionante consideró que las pruebas sí han debido admitirse, debió, en su momento, pedir la reposición del auto que negó su práctica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8057. Revisión.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 106 de noviembre 17 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Resuelve la Sala sobre la acción de revisión presentada contra la sentencia de 11 de febrero de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al dictar fallo en dos causas acumuladas, condenó a Jaime Danilo Castro Cortázar a 12 años de prisión, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Antecedentes

Fueron resumidos por esta Sala en auto de 1° de junio del presente año, de la siguiente manera:

"Los hechos correspondientes a los referidos dos procesos, los narra así el Tribunal (folios 6 y 7 del cuaderno número 4):

"'A) Homicidio en la persona de Gustavo Molano Sierra. Historia el informativo que el 13 de abril de 1985 a eso de las tres de la madrugada, en el apartamento ubicado en la carrera 73 número 9-59 donde en su condición de arrendatario habitaba el encartado Jaime Danilo Castro Cortázar y allí arribaron (sic) éste y Gustavo Molano Sierra luego de haber ingerido licor en una reunión de la que habían sido participantes, apareciendo muerto el último de los mencionados por proyectil de arma de fuego que impactó en región cerebral, hecho que fue puesto en conocimiento de las autoridades por el primero...;

"'B) Homicidio en Carlos Humberto Ballén. Lesiones personales en Pablo Emilio Pulido Sanabria. Se desprende del compendio procesal que el 13 de junio de 1987 a la altura de la carrera 87A frente al número 69A-18, siendo aproximadamente las once de la noche,

cuando Jaime Danilo Castro Cortázar accionó su arma de fuego para hacer blanco en la humanidad de Carlos Humberto Ballén, quien perdió la vida, y en la de Pablo Emilio Pulido Sanabria que resultó lesionado".

"2. Por el primero de esos hechos el Juzgado Séptimo Superior de Santafé de Bogotá enjuició al procesado Castro Cortázar por el delito de homicidio (fls. 421 y ss.-1). Hizo lo propio el Juzgado 16 de Instrucción Criminal, por los delitos de homicidio y lesiones personales (fls. 253 y ss.-2). Este último proceso correspondió al Juzgado 21 Superior.

"Decretada la acumulación de los dos juicios (fls. 312 y ss.-2), se llevó a cabo la audiencia con intervención de jurado de conciencia (fls. 374 y ss.-2), el cual emitió veredicto en el sentido de que el procesado no era responsable de ninguno de los delitos por los cuales se lo había enjuiciado: respecto de la muerte de Molano Sierra por duda en cuanto a la autoría del disparo letal, y en relación con los hechos del segundo proceso, por haber actuado en legítima defensa (fls. 398 y ss.-2).

"La Fiscal del Juzgado 21 Superior que intervino en el debate pidió al Juez declarar contrarios a la evidencia de los hechos el veredicto que negó la responsabilidad en el homicidio de Gustavo Molano Sierra (fls. 401 y ss.).

"El Juzgado, mediante auto de 10 de septiembre de 1988 (fls. 411 y ss.-2), acogió las veredicciones del Jurado y en consecuencia absolvió al procesado.

"Esa providencia fue apelada por la Fiscal, y el Tribunal, mediante auto de 17 de febrero de 1989 (fls. 18 y ss.-3), la revocó, ordenando realizar una segunda audiencia pública en relación con los tres delitos materia de juzgamiento.

"Se celebró nuevamente audiencia pública (fls. 205 y ss.-3), siendo los veredictos del jurado, por unanimidad, afirmativos de responsabilidad para los tres delitos (fls. 221 y ss.-3), dado lo cual el Juzgado 21 Superior profirió la respectiva condena (fls. 224 y ss.-3), imponiendo al procesado Castro Cortázar la pena de 12 años de prisión. Dicho fallo fue enteramente confirmado por el Tribunal, por medio del suyo de 1º de febrero de 1992 (fls. 6 y ss.-4)".

La Demanda

Dice el accionante:

"Reza el numeral 3º del artículo 232 del C. de P. P. que la acción de revisión es procedente, cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o *surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado* o su inimputabilidad. Para nuestro caso, la prueba testimonial que nos va a conducir a establecer la inocencia de José Danilo Castro Cortázar en la muerte de Gustavo Molano Sierra no se conoció en el tiempo de la audiencia y la sentencia" (fl. 10 cuaderno de la Corte. Resaltado del original).

Esa prueba testimonial la hace consistir en las declaraciones extraproceso rendidas por John Fietzgeral Ferrucho Cruz y por Iván Fernando Sánchez Laguna:

Del primero, de quien anota ser "conocedor del sentenciado y del occiso, del comportamiento de uno y otro en alicoradas reuniones, de las actitudes expresivas y de

los juegos a la ruleta rusa del último" dice que es "enfático en declarar el conocimiento que se tiene entre las familias y amigos comunes, de lo que sin lugar a dudas fue un suicidio anunciado" (fl. 9). Del segundo de esos testigos extraproceso indica que "explica lo conflictivo del fallecido hasta el punto de ser constante en sus intentos de quitarse la vida, que culminó en la forma que ya conocemos" (fls. 9 y 10).

Agregó esos testimonios y pide que se revise el fallo.

Sobre las pruebas

En el período probatorio el accionante solicitó que se recibieran los dos comentados testimonios y se practicara un peritaje de grafología para demostrar que el occiso escribió anunciando quitarse la vida.

La Sala, por medio de auto de 1º de junio último (fls. 56 y ss. cuaderno de la Corte), negó la práctica de esas pruebas, estimando, en resumen, que incluso admitiendo que el occiso fuera depresivo y tuviera el propósito de autoeliminarse, ello, de suyo, no probaría la inocencia del procesado Castro Cortázar, a quien en el fallo se le atribuye haberle disparado a la cabeza.

También dijo en esa ocasión la Sala que para condenar al acusado se tuvo en cuenta el tratamiento que éste le daba a la víctima (su amante homosexual); el hecho de que desde el puro comienzo quiso hacer aparecer los hechos como un suicidio; y, en especial, el peritaje médico legal (fls. 230-3), que indica que el disparo penetró por la parte posterior del cráneo.

Alegato

El apoderado insiste en que las declaraciones extraproceso "deben presumirse verídicas" (fl. 72), y en que prueban la inocencia del procesado.

Se refiere al concepto de "prueba nueva" en el sentido de que debe demostrar la inocencia del procesado o por lo menos introducir la duda acerca de su responsabilidad, y dice:

"Entonces, al surgir elementos de juicio que indican que el aquí sentenciado dijo la verdad, pidió auxilio a quienes habitaban el lugar y, como si fuera poco, llamó personalmente a la policía por teléfono en momentos en que todavía estaba alterado por la tragedia ocurrida, emerge la certeza sobre la inocencia reconocida por un jurado de conciencia y desconocida por otro cuando no se contaba en el expediente con las declaraciones que motivaron la promoción de la acción de revisión.

"Lo mínimo y que aquí es válido es la existencia entonces de una duda y cuando decimos *in dubio pro reo*, significamos que ante la incertidumbre probatoria, hay que absolver al reo..." (fls. 73 y 74).

Se Considera

El accionante alega como si las pruebas base de su acción hubieran sido admitidas por la Sala, cosa que no ocurrió. Precisamente la Corte fue enfática en decir por qué esas pruebas, de ser verídicas, no estaban enderezadas a cuestionar la responsabilidad de Castro Cortázar en el homicidio de Molano Sierra.

La demanda entonces se fundamenta en algo que jurídicamente no existe, como es la comentada pareja de pruebas. Si el accionante consideró que dichas pruebas sí han debido admitirse, debió, en su momento, pedir la reposición del aludido auto que negó su práctica. Lo que no puede hacer ahora, después de ejecutoriada dicha determinación, es alegar como si la Sala las hubiera admitido.

Por tales motivos, el proceso no se revisará.

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 solicitada por el apoderado del sentenciado Jaime Danilo Castro Cortázar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El instituto del cambio de radicación, como medida extraordinaria y de carácter excepcional que es, requiere demostraciones, en el sentido de que la justicia no puede ser administrada con imparcialidad o independencia, con grave detrimento en las garantías judiciales, en la publicidad del juzgamiento y en la seguridad del procesado o su integridad personal. / La petición del cambio de radicación debe ser motivada y acompañada de pruebas idóneas que lleven al funcionario competente a la convicción de que cualesquiera de las circunstancias precedentemente anotadas se estructuran a cabalidad y, por ende, la justicia se ve seriamente comprometida en su rectitud y eficacia, habida cuenta que en este incidente la norma procesal no contempla la posibilidad de un período probatorio previo al pronunciamiento de funcionario competente para desatarlo al dejar, el legislador, al solicitante la carga probatoria de demostrar la circunstancia argüida en el escrito y al superior de resolverlo, en un término no inferior a tres días mediante interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Cambio de radicación número 8927.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 107 (18-11-93).

Santafé de Bogotá, D.C., 19 de noviembre de 1993.

Vistos

Se pronuncia la Corte en torno a la solicitud de cambio de radicación propuesta por el procesado Jorge Luis Ruidíaz Pedrozo, sindicado de los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Petición

Llegó a la Presidencia de la Corte escrito en fotocopia del procesado Jorge Luis Ruidíaz Pedrozo, proveniente de la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla, donde solicita el cambio de radicación del proceso que se le sigue en su contra, el cual fue remitido posteriormente a la Sala de Casación Penal, para los fines pertinentes.

Aduce como razones sustentatorias de su petición las siguientes:

1. Que ha recibido amenazas de muerte, por medio de llamadas telefónicas que realizan a la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla, donde a la vez solicitan información sobre su libertad.

2. Que su familia ha sido objeto de seguimiento "hasta el lugar de residencia por parte de personas desconocidas".

Por lo anterior, estima el solicitante, sus garantías judiciales, la imparcialidad de la administración de justicia y su seguridad personal se encuentran afectadas.

Por constancia Secretarial de la Sala, se sabe que el procesado Jorge Luis Roidíaz Pedrozo se encuentra a disposición del Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Banco (Magdalena), en el proceso que se le sigue por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Consideraciones de la Corte

El instituto del cambio de radicación, como medida extraordinaria y de carácter excepcional que es, requiere demostraciones en el sentido de que la justicia no puede ser administrada con imparcialidad o independencia, con grave detrimento en las garantías judiciales, en la publicidad del juzgamiento y en la seguridad del procesado o su integridad personal.

Entonces, la petición del cambio de radicación debe ser motivada y acompañada de pruebas idóneas que lleven al funcionario competente a la convicción de que cualesquiera de las circunstancias precedentemente anotadas se estructuran a cabalidad y, por ende, la justicia se ve seriamente comprometida en su rectitud y eficacia, habida cuenta que en este incidente la norma procesal no contempla la posibilidad de un periodo probatorio previo al pronunciamiento del funcionario competente para desatarlo al dejar, el legislador, al solicitante la carga probatoria de demostrar la circunstancia argüida en el escrito y al superior de resolverlo, en un término no inferior a tres días mediante interlocutorio, contra el cual no procede recurso alguno.

Para la Corte es claro que la petición elevada por el procesado no cumple con los requisitos legales, al hacer éste simples afirmaciones genéricas sin ningún respaldo probatorio, de que su integridad personal corre grave riesgo, tanto en la Cárcel del Circuito como en la audiencia de juzgamiento, tal como lo afirma, por lo que la Sala denegará la solicitud impetrada por el procesado para el cambio de radicación del proceso que se le sigue en su contra, en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Banco (Magdalena).

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

RESUELVE:

No disponer el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y remítase la actuación al Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Banco (Magdalena).

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION

Ante la ausencia de tarifa legal para la evaluación de las pruebas, no se da el error de derecho por falso juicio de convicción, siendo posible sólo aducir, en este caso, error de hecho (por falso juicio de identidad con el proceso) cuando el juzgador valora una prueba contra los principios de la lógica o la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8398. Casación.

Magistrado Ponente. Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado acta No. 106 noviembre 17 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de diciembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al procesado José Walter Neira a doce años de prisión, por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. Los hechos materia del proceso los resume correctamente el Tribunal, así:

"Arlex o Alex Andrey Serna Bedoya era un estudiante de décimo grado del Instituto Vicarial Jesús Maestro, localizado en la carrera 45 con calle 86, barrio Manrique, de esta ciudad, donde se encontraba el día 12 de noviembre de 1991; hasta ese centro de educación, a eso de las 10:45 de la mañana de ese día, llegaron dos individuos en una motocicleta, de la cual se apeó el parrillero luego de dar algunas vueltas alrededor del Instituto y no sin antes indagarle a José Walter Neira y otros compañeros suyos que permanecían en el exterior del establecimiento si allí se encontraba Alex, respondiéndole José Walter que debía hallarse adentro, ingresó a las instalaciones y en presencia de los alumnos del plantel le disparó en tres ocasiones a Alex Andrey Serna Bedoya, quien falleció a consecuencia de los impactos cuando era conducido a la policlínica municipal.

"Poco después una patrulla de la policía al mando del teniente Gabriel Gómez Parada capturó a José Walter Neira en su residencia por cuanto, según las versiones que

recibieron, era éste el único que había tenido conflictos o desavenencias (sic) con el occiso días atrás" (fls. 310 y 311).

2. Al ser capturado, José Walter Neira admitió que aproximadamente dos meses atrás había tenido un problema con Serna Bedoya, por haber éste derramado sobre su cuerpo y el de su novia una gaseosa, motivo por el cual le pidió el favor a Wilson de que lo matara, lo cual efectivamente llevó a cabo. Dice que "el jelado -refiriéndose al occiso- yo lo mandé matar por el hecho de que él me había asustado diciendo lo mismo contra mí" (fl. 7).

Martha Cecilia González, portera del Instituto Vicarial, le contó a la policía lo del antecedente de la gaseosa y refirió que Neira, por ello, amenazó de palabra al hoy occiso (fl. 8).

2. El Juzgado 4° de Instrucción Criminal de Medellín abrió investigación (fl. 14) e indagó a José Walter Neira, quien negó ser el determinador del homicidio, alegando que en la policía lo aceptó por causa de las torturas. Sobre el incidente de la gaseosa reconoce que éste sí ocurrió (fls. 18 y ss.).

Practicadas otras pruebas, se dictó auto de detención contra Neira como autor intelectual del delito (fls. 49 y ss.). Luego se practicaron otras pruebas que reafirmaron el incidente de la gaseosa y posteriormente se cerró la investigación, calificándose la con resolución acusatoria. Se tuvieron en cuenta para esto, fundamentalmente, la confesión extraprocesal del procesado y las amenazas que éste lanzó contra Serna Bedoya. También se dispuso, en dicho auto calificatorio, la expedición de copias para investigar a los autores materiales del hecho (fls. 123 y ss.).

3. El Juzgado 16 Superior de Medellín (hoy Juzgado 4C Penal del Circuito), practicó algunas pruebas en la causa, entre las cuales se cuenta la declaración de Edgar Coronado González, albañil que le sirvió de apoderado al acusado en la versión que dio en la policía, quien afirmó que el procesado le dijo "que él lo había matado al muchacho" (fl. 199). De otra parte, afirmó que al procesado se le dio buen trato en la policía.

El 14 de agosto de 1992 se celebró la audiencia pública (fls. 241 y ss.) y el 16 de septiembre subsiguiente se dictó fallo de primer grado, mediante el cual, en armonía con la acusación, el procesado fue condenado a la pena principal de 14 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de esa condena y al pago de los perjuicios (fls. 254 y ss.).

Apelado ese fallo por el defensor del procesado, el Tribunal de Medellín confirmó la condena, con las siguientes modificaciones: a) La pena principal la redujo a 12 años; b) la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas la redujo al término legal de 10 años (artículo 44 C. P.), y c) modificó la cuantía de la condena en perjuicios (fls. 309 y ss.).

En esa sentencia el Tribunal tuvo por inválida la versión del procesado en la policía, por estimar que ésta no podía recibirse, como que no se trató de flagrancia ni existía fuerza mayor o urgencia especial. Citó en su apoyo una providencia de esta Sala de Casación, de fecha 12 de agosto de 1993 (Magistrado Ponente: Dr. Dúque Ruiz). Agregó a ello el Tribunal: "Claro que, además, al imputado ni siquiera se le puso de presente el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, reconocido por el artículo 33 de la Constitución

Nacional, ni se le informó del derecho a designar un defensor de confianza, conforme a lo previsto en el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal de ese entonces, argumentos que constituyen motivos adicionales de la invalidez de la diligencia" (fl. 317).

Sin embargo, el Tribunal estimó que la prueba remanente que obra en el proceso es suficiente para condenar al procesado como determinador del homicidio. A los indicios de comportamiento anterior de Neira con el occiso y a las amenazas que a éste lanzó sumó el indicio de que el procesado le respondió al sicario sobre el paradero de la víctima, como si ya estuviera al tanto de que era buscado para ser muerto (fl. 321).

La Demanda

El censor acusa el fallo "de ser violatorio de una norma de derecho por haber incurrido el fallador en manifiesto y trascendental error en la apreciación de la prueba al analizar los testimonios que obran en contra de José Walter Neira" (fl. 357). Agrega el demandante: "Hay manifiesto error el (sic) tergiversación del sentido objetivo de la prueba, debido a que tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se le ha dado un alcance que no tiene dentro del proceso".

Se refiere al análisis que hizo el Tribunal del móvil del homicidio (la enemistad, dice), y añade que "el error es manifiesto, pues radica en juicio falso sin convicción (sic) y no de hecho. Vale decir que el Tribunal extrae del testimonio de Yaneth Acosta una consecuencia o efecto que no corresponde objetivamente a la realidad...". Luego agrega:

"Como lo decía anteriormente, ese error es manifiesto, pues el honorable Tribunal equivocó su desición (sic) y de ello (sic) resulta del cuerpo de la providencia establecer como verdad cierta que mi patrocinado fue el determinador del homicidio, pues a través del cuerpo de su providencia se deja entrever que su fundamento para la condena se basó en un principio que llamar los tratadistas 'verdades hasta cierto punto' y las verdades en este sentido violan ostensiblemente nuestra ley, pues no veo en ello sino un subterfugio de la ilegalidad, de la arbitrariedad y del atropello" (fl. 359).

Se refiere luego a que la afirmación de la portera del Instituto, Martha Cecilia González, en el sentido de que Luz Elena Obando le contó haber visto al procesado Neira cuando amenazaba con revólver al occiso, fue desmentida por Obando. "De ahí -dice- que el honorable Tribunal Superior de Medellín, al confirmar la sentencia, también se equivocó en la apreciación de la prueba, pues está poniendo en boca de Luz Elena Obando un hecho que nunca ocurrió" (fl. 360).

Posteriormente alude al testimonio de Edgar Coronado González (quien, dice el censor, "presuntamente asistió como defensor de oficio a José Walter Neira en las instalaciones del F-2, donde se le escuchó dizque en versión libre"), para acotar que es mentiroso cuando afirma que el procesado le comentó ser el autor del homicidio. Se pregunta el actor: ¿No serán esas afirmaciones el producto del aleccionamiento por parte de los uniformados para salvar su responsabilidad ante las graves torturas que había (sic) infligido al joven Neira? (fl. 361).

Finaliza el demandante su escrito indicando: "No debo pasar por alto que hermana una nulidad en el juzgamiento, pues el auto de 14 de julio de 1992, emanado del Juzgado 40 Penal del Circuito, mediante el cual ordenó proseguir el juzgamiento (sic) sin los

presupuestos cabales establecidos en el Capítulo II del C. de P. P. (artículos 458 y ss.). De haberse cumplido la ritualidad propia, seguramente otro habría sido el final del proceso. Espero que también ese tópico sea analizado por la honorable Corte Suprema" (fl. 353 y 362).

Concepto de la Procuraduría

1. Respecto de la nulidad planteada en último término por el actor, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que la misma no debe prosperar, pues si bien en auto de 14 de julio de 1992 (fls. 225 y ss.) el Juzgado 40 Penal del Circuito dispuso proseguir el juicio sin la intervención del jurado de conciencia, esa medida fue correcta si se tiene en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura, organismo llamado a remitir las listas de quienes debían cumplir como jurados, no elaboró las mismas al estimar que se violaba la Constitución Nacional, que no autorizaba esa clase de juzgamiento.

Además, la Delegada estima que "la supuesta incorrección detectada por el censor en modo alguno afectó la estructura del proceso y por el contrario fue una medida que permitió seguir adelante con la actuación procesal, al punto que cuando se surtió la notificación a las partes, ninguna hizo uso de los recursos ordinarios" (f.. 11 cuaderno Corte).

2. Respecto de la restante impugnación, observa que el actor ni siquiera señala la causal de casación que alduce, y que de la lectura de la demanda "se puede deducir que el censor no está de acuerdo con la valoración que el fallador hizo de algunos testimonios obrantes en el proceso, pero dicho planteamiento es a todas luces insostenible en casación... al haber desaparecido del ordenamiento procesal y del régimen probatorio el sistema de la tarifa legal, dejando al Juez plena libertad para apreciar las diversas evidencias, siempre que se acaten las reglas de la sana crítica" (fls. 11 infra y 12).

Añade que el demandante no concreta cuáles son las declaraciones que tilda de mal apreciadas, quedándose sin demostrar el yerro que esgrime y contentándose con indicar únicamente como norma indirectamente violada el artículo 23 del Código Penal. "En efecto -dice-, se limita a citar varios testimonios como los de Yaneth Acosta, Martha Cecilia González y Luz Elena Obando, que aluden a situaciones anteriores al hecho delictivo, pero sin especificar qué incidencia tuvieron en el fallo...".

Sugiere, entonces, no casar la sentencia impugnada.

Se Considera

1. En cuanto a la nulidad simplemente enunciada (que de modo alguno probada) por el actor, apoyada en el hecho de que no se efectuó el juicio con jurado de conciencia, tuvo razón el Juzgado 40 Penal del Circuito de Medellín al resolver de esa manera, pues el Consejo Superior de la Judicatura -como argumentó-, por razones de inconstitucionalidad, se abstuvo de elaborar y remitir a los juzgados las listas respectivas.

Por último, no sobra agregar que la parte del Código que se refiere a los jurados de conciencia como juzgadores fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, según sentencia de 17 de junio de 1993. Se estimó, así, que esa consagración de particulares como administradores de justicia contrariaba el inciso final del artículo 116 de la Carta.

2. Tiene razón la Delegada cuando hace ver que, en el fondo, el demandante no lanza cargo alguno concreto al fallo; si bien menciona tres declaraciones, en manera alguna indica en dónde estuvo la malinterpretación de ellas. Pero ni siquiera enuncia la causal aducida ni por tanto mucho menos la clase de error que estima cometió el Tribunal.

Siguiendo el orden que le imprime a su desordenado alegato el casacionista, cabe decir que Yaneth Edith Acosta Holguín, novia del occiso, no compromete al procesado en su declaración (fls. 34 y ss.), pues se limita a decir que la víctima le contó el antecedente de la gaseosa habido con el procesado y la amiga de éste, pero que luego "se dieron la mano" y "quedaron como amigos" (fl. 34 vto.). Al referirse a la declaración de esta testigo dice el Tribunal en el fallo atacado: "No puede olvidarse que hechos como los que fueron materia de juzgamiento, en un sector azotado por la violencia cotidiana, convocan al silencio, que más de un testigo concurrió al proceso a deformar la realidad o a relatar cosas que no ocurrieron y que otros, como Yaneth Edith Acosta, sintieron temor por su vida y no ocultaron el 'miedo de que de pronto Walter me haga alguna cosa' (fl. 35), y eso explica que ésta hubiera sido en extremo cautelosa en el proceso y guardara un prudente silencio respecto a muchos tópicos, no obstante haberle manifestado a César Augusto Ramírez por algún motivo que calló en la investigación 'que eso tuvo que haber sido Walter' (fl. 36)" (fl. 321).

3. Ahora bien: no es cierto que el fallador haya puesto en boca de la testigo Luz Elena Obando algo que ésta no dijo (lo cual, aunque el censor no lo dice, sería un error de hecho por tergiversación), sino que precisamente el Tribunal se explicó el silencio o la negativa de ella sobre lo que le había referido a la portera Martha Cecilia González respecto de la amenaza con revólver que el procesado le hiciera a la víctima en el baño del Instituto Vicarial Jesús Maestro: "Por eso -dice el fallo-, la Sala estima que no faltó a la verdad Martha Cecilia González, portera del plantel educativo, cuando declaró que Luz Elena Obando, aseadora del Colegio, le había manifestado que 'Walter había amenazado a Alex dentro de un baño con revólver' (fl. 41 vto.); es que, además, desde el día siguiente del homicidio, cuando rindió testimonio ante la policía judicial (cfr. folio 18), la declarante Martha Cecilia González relató haber recibido esa información y así se lo dio a saber también al señor Gustavo Manco Gómez (fl. 159), coordinador de disciplina del Instituto, como para creer en su sinceridad y espontaneidad y *entender que la negación o el silencio de la aseadora al respecto obedece a otros razones...*" (fls. 320 y 321, se resalta).

4. Posteriormente al comentar sobre la manera como el sicario preguntó al procesado por la víctima y la forma como aquél entendió y respondió de inmediato, dice el fallo acusado: "Para la Sala la única explicación sensata y lógica a esos interrogantes es que entre el procesado José Walter Neira y el homicida había un claro conocimiento de qué persona se trataba y, claro está, una relación previa y explícita sobre el particular que se aviene o corresponde con las manifestaciones concomitantes al homicidio y al móvil y las (sic) amenazas anteriores a él" (fl. 325).

5. Igualmente el sentenciador catalogó de "insincera e inverosímil" la indagatoria del procesado, así como las versiones de los testigos por éste citados en cuanto declararon sobre la amistad del acusado con la víctima.

6. "La vehemencia de los indicios -dice el Tribunal- radica precisamente en su armonía, concatenación y univocidad, de tal manera que, relacionados entre sí, conduz-

can al mismo punto o a la misma conclusión; no otra cosa es lo que pasa con los indicios de móvil, las manifestaciones o amenazas anteriores, la especial oportunidad para delinquir, no en el sentido de oportunidad física, sino de vínculo o relación con el autor material. La mentira y las huellas morales, este último en el sentido de acudir a pruebas falaces para presentar los hechos de otra manera, como los que ha descrito y analizado la Sala, suficientes para llegar a la plena convicción o certeza de la culpabilidad de José Walter Neira" (fl. 327).

6. También estimó el Tribunal que aparte del incidente de la gaseosa, se habían presentado otros enfrentamientos entre víctima y procesado, aserto que apoyó en la realidad procesal.

7. Retomando la demanda, se constata que ésta hace un remedo de análisis probatorio, pero de manera parcial, sin dedicarse a analizar la legicidad o ilogicidad de los indicios tomados en cuenta por el sentenciador de segunda instancia, indicios que esta Sala no encuentra de forma alguna irracionales o absurdos, sino presididos y acompañados de la lógica: en todo caso, el actor se cuida mucho de demostrar lo contrario; pues, como se dijo al principio, no demuestra ni intenta demostrar en qué consistió el error de apreciación probatoria que le enrostra al Tribunal.

En cuanto a la objeción de que el albañil Edgar Coronado González mintió al sostener que el procesado le confesó la autoría del homicidio, aparte de que esa censura aparece huérfana de fundamento, no está por demás señalar que el Tribunal no tuvo en cuenta ese testimonio para la condena.

En fin, se repite que de manera abstracta (pues no concreta nada), lo que en el fondo pretende el demandante es que se otorgue una credibilidad distinta a los testimonios que el sentenciador consideró fuentes de los indicios y, por contera, les dé credibilidad al procesado y a quienes él citó en apoyo de su amistad con la víctima. A una y otra cosa debe contestarse que ante la ausencia de tarifa legal para la evaluación de las pruebas no se da el error de derecho por falso juicio de convicción, siendo posible sólo aducir, en este caso, error de hecho (por falso juicio de identidad con el proceso) cuando el juzgador valora una prueba contra los principios de la lógica o la sana crítica, cosa que, como se dijo arriba, no se da en el presente caso.

No prospera entonces la demanda de casación.

No deja la Sala de manifestar su extrañeza ante la generosa dosificación de pena que hizo el Tribunal, frente a un homicidio de tan extrema gravedad como el que es objeto de este proceso.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Cordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DEMANDA DE CASACION / SENTENCIA

Cuando el casacionista alega falta de competencia, porque el delito es de lesiones personales y no de tentativa de homicidio, debe alegarse concretamente una errónea calificación jurídica, la cual genera nulidad por atentado al debido proceso. / Jurídicamente las sentencias de primero y segundo grados constituyen un solo cuerpo en los puntos coincidentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8499. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 106 noviembre 17 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de febrero de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado José Ramiro Jiménez a 5 años de prisión, por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

Antecedentes

1. En la madrugada del 10 de noviembre de 1991, en desarrollo de una fiesta que se celebraba en la casera La Rondita del municipio tolimense de Rovira, José Ramito Jiménez, agente de la Policía Nacional, algo ebrio y vestido de civil, disparó tres veces su revólver contra Edilberto Ramírez, con quien había tenido disgustos, causándole lesiones que le acarrearon 45 días de incapacidad. Los proyectiles hicieron blanco en la región cervical, un brazo y el tórax.

2. El Juzgado Segundo Penal Municipal de Rovira abrió investigación y envió luego el proceso al Juzgado 15 de Instrucción Criminal, por estimar que se trataba de una tentativa de homicidio. Juzgado que escuchó en indagatoria al sindicado (quien negó haber sido el autor de los hechos), resolviendo su situación jurídica con detención preventiva mediante auto de 20 de diciembre de 1991 (folios 78 y ss.-1).

3. Practicadas otras pruebas, el Juzgado 27 de Instrucción Criminal de Ibagué cerró la investigación y la calificó con resolución acusatoria por el delito de homicidio en el grado de tentativa (auto de 14 de abril de 1992, fls. 173 y ss.-1), providencia que, apelada por el defensor del acusado, recibió del Tribunal entera confirmación (fls. 22 y ss.-2).

4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué adelantó la causa, inició audiencia pública el 22 de octubre de 1992 (fls. 137 y ss.-2) y dictó sentencia el 6 de noviembre siguiente (fls. 188 y ss.), mediante la cual, en armonía con el auto acusatorio, condenó al acusado a la pena principal de 5 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, y a pagar los perjuicios ocasionados. Esta sentencia fue apelada por el defensor del procesado y, el Tribunal, mediante la suya que recurrió en casación el mismo defensor, la confirmó integralmente (fls. 17 y ss.-3).

La Demanda

Cargo primero

"La sentencia es nula por falta de competencia del funcionario", dice el actor, sosteniendo que se trata de un delito de lesiones personales y no de tentativa de homicidio, con fundamento en que ni en los dictámenes médicos ni en la historia clínica del procesado "se dice que el ofendido por razón y causa de las lesiones que presentaba hubiera estado en algún momento en peligro de muerte y que si ésta no se produjo fue porque se presentaron circunstancias ajenas a la voluntad del heridor, como se desprende del contenido 22 del Código Penal" (fls. 12-4). Luego precisa:

"Por no haberse probado que el presunto ofendido Edilberto Ramírez, por el lesionamiento de que fue víctima en la madrugada del 11 de noviembre de 1991 en el perímetro urbano de Rovira hubiera estado en peligro de muerte y que ésta no se llevó a cabo por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor, el hecho punible a que da origen este proceso es el de lesiones personales cuya competencia para su investigación, calificación y juzgamiento reside en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Rovira".

Dice entonces que se da la causal de nulidad prevista en el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo

Anota el censor: "Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso" (fls. 12-4).

1. Dice en primer lugar que por la referida falta de competencia "se violó el principio de Juez natural", razón por la cual también hay causal de nulidad.

2. "Las penas principal y accesorias impuestas al procesado José Ramiro Jiménez en la sentencia de segunda instancia -afirma el casacionista- no fueron sustentadas en debida forma y menos como lo indican los numerales 6°, 7° y 8° del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, ya que esta parte tan importante del cuerpo de toda providencia judicial con la que se termina el proceso condenando a una persona sólo le merecieron al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué cinco líneas, que transcribimos textualmente, así: 'y como quiera que se observa que tanto la tasación de las penas principal como accesoria y el monto deducido como perjuicios se cine a la realidad procesal, se le impartirá confirmación al fallo condenatorio objeto de apelación' ".

Con esa irregularidad, dice el censor, se violó el debido proceso contemplado en los artículos primeros del Código de Procedimiento Penal.

Solicita, pues, que se case el fallo, se decrete la nulidad a partir del auto que cerró investigación y se remita el expediente al Juzgado Segundo Penal Municipal de Rovira.

Concepto de la Delegada

Cargo primero

Dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que los planteamientos de nulidad por falta de competencia y la violación al principio de Juez natural conforman una sola unidad argumentativa, que el casacionista aduce de manera errónea en dos cargos distintos.

Luego señala:

"...en el presente asunto, nunca se presentó discusión en cuanto a la competencia que por haberse considerado desde un principio la configuración de un delito de homicidio en grado de tentativa, se hubiese podido suscitar entre los diferentes funcionarios que de una u otra forma conocieron del proceso, presentándose, por ende, este aspecto claro en el curso del diligenciamiento para todos, excepto para el demandante, lo que impulsa, a su turno, a destacar otro vicio de rigor técnico en el desarrollo del reparo, como es el desvío de la censura.

"Pues so pretexto de demostrar la causal de nulidad invocada a través de su sustentación, lo que hace es controvertir las apreciaciones del juzgador en relación con los elementos de prueba, que le llevaron a la convicción acerca de la tipificación de la conducta punible, como homicidio en grado de tentativa..." (fl. 24 cuaderno de la Corte).

Señala que al manejo de la sana crítica en la evaluación de la prueba, hecho por el sentenciador en el fallo impugnado, con miras a dar por sentado que se trata de un delito de homicidio en el grado de tentativa, "el libelista opone, con desconocimiento del sistema de apreciación probatoria instituido en el estatuto procedimental penal, el que en los experticios técnicos no se hiciere expresa mención de los elementos configurativos de la tentativa. Además, pues, de desplazar la acusación hacia un error de derecho originado en el falso juicio de convicción, lo que de por sí descalifica el reproche por falencias de rigor técnico, plantea posiciones polémicas y controversiales en cuanto a lo que debió ser o no ser, el mérito de los medios, lo cual resulta inadmisible en sede de casación dada la doble presunción de acierto y de verdad que amparan los fallos judiciales" (fl. 25).

Opina, pues, que no debe prosperar este cargo.

Cargo segundo

Recuerda la Delegada que los fallos de primera y segunda instancias "conforman una unidad en cuanto guarden armonía" y recalca que en la sentencia de primer grado dictada en este proceso "se observa con claridad los fundamentos jurídicos atinentes a la indemnización de perjuicios tanto materiales como morales y la condenación en concreto por estos conceptos en el acápite respectivo visible a folios 217, como aquellos en los que se sustentó la condena a las penas principal y accesorias..." (fl. 26).

Sugiere entonces no casar el fallo recurrido.

Se Considera

Cargo primero

Aduce el casacionista que existe nulidad por falta de competencia, puesto que se trata de un delito de lesiones personales y no de tentativa de homicidio, como se calificó el punible en el presente caso.

Sea lo primero advertir que si ése es el planteamiento, el demandante ha debido alegar concretamente una errónea calificación jurídica, la cual genera una nulidad por atentado al debido proceso. Cosa distinta es que en este caso específico esa mala calificación desemboque en una falta de competencia, que también lleva implícita una suplantación del Juez natural, aducción esta última que el censor efectúa erróneamente de forma separada, en el segundo cargo.

Pero bien: la aseveración central es que se trata de un delito diferente del que se dedujo en la calificación y por tanto en la sentencia. Al respecto la Sala observa que en todo el libelo, el actor se contenta con hacer apenas eso: una mera aseveración, sin que por parte alguna demuestre el error en que a su juicio incurrió el juzgador desde que calificó el mérito sumarial.

Porque las referencias que el casacionista hace a los dictámenes médicos y a la historia clínica no pueden constituir en modo alguno la demostración que se echa de menos, pues, en síntesis, los peritos (en este caso los médicos) no emiten en manera alguna juicios jurídicos, como el atinente a la tipicidad de la conducta, lo cual compete privativamente al Fiscal o Juez. Es decir, que analizando solamente esas pericias médicas no es dable concluir si se está en presencia de un delito de lesiones personales o de un delito de homicidio tentado, como que para esta conclusión son imprescindibles las categorías jurídicas, privativas, como se dijo, del funcionario judicial correspondiente, cuyas apreciaciones tiene que atacar el casacionista, arguyendo que aquél se equivocó al interpretar la ley o al apreciar y valorar la prueba, cosa que ni en mínimo grado hizo aquí el casacionista.

Enteramente insustentado, este cargo fracasa.

Cargo segundo

Se sabe que jurídicamente las sentencias de primero y segundo grado constituyen un solo cuerpo en los puntos coincidentes.

Aunque el casacionista no lo dice expresamente, en este cargo aduce nulidad por falta de motivación de las penas (no ataca lo atinente a los perjuicios, tema al cual se refiere la Delegada).

Pues bien: en punto a ese aspecto sobre la punibilidad dijo el Juzgado Segundo Penal del Circuito "Como ya se expuso precedentemente, la conducta por la que aquí se procede tiene pena que oscila entre cinco (5) años y once (11) años, tres meses de prisión, y teniendo en cuenta los criterios señalados en el 61 (sic) del C. Penal, se aplicará la mínima de cinco (5) años de prisión, pena que descontará el procesado en el establecimiento carcelario que para tal efecto designe la Dirección General de Prisiones.

"Igualmente se condenará aquí a José Ramiro, a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal impuesta" (fls. 217-2).

Por su parte, al revisar ese fallo, el Tribunal anotó: "Cumplidos los requisitos que demanda el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y como quiera que se observa que tanto la tasación de la pena principal como la accesoria y el monto deducido como perjuicios se ciñe a la realidad procesal, se le impartirá confirmación al fallo condenatorio objeto de apelación" (fls. 33-3).

No tenía entonces el juzgador de segunda instancia, como le enrostra el casacionista, que repetir los planteamientos del juzgado: bastábale decir que los compartía, como en efecto lo hizo, pues la motivación, aunque concisa, era suficiente para la imposición de la pena mínima, que se efectuó.

No ve la Sala, por último, cuál pueda ser el interés del casacionista o qué persiga éste al obtener una redosificación de la pena, cuando al procesado se le impuso la mínima, de conformidad con las normas legales (artículos 323 y 22 C. P.).

Tampoco tiene entonces razón el casacionista en este punto.

La demanda no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

Si el actor en su sustentación se dirige a probar que el proceso está sustancialmente incompleto (pues a su juicio faltan pruebas vitales), sobre vicio semejante no puede la Sala dictar fallo de sustitución, sino que, de prosperar la casación, tendría que remediar la falencia alegada, a fin de que se practicaran las pruebas demandadas, lo cual no puede hacerse sino a través del mecanismo de nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8368. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado acta número 107 noviembre 18 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Wilson Giovanni Rodríguez Chaparro, contra la sentencia de 19 de agosto de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá lo condenó, junto con Reinaldo Rojas Garzón y Roberto Rueda Uribe, por el delito de concusión.

Antecedentes

1. Los hechos origen del proceso los resume así el fallo impugnado:

"Historia el proceso que siendo aproximadamente las seis de la mañana del día 26 de abril de 1990 varios individuos irrumpieron en la residencia ubicada en la calle 142 número 99-27 de Suba, y esgrimiendo armas de fuego expresaron su propósito de practicar un allanamiento a la residencia en búsqueda de armas, estupefacientes o licor adulterado dada su condición de miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Seguidamente hicieron exigencias de dinero a los ocupantes a fin de no detenerlos por el hallazgo de algunas cajas y botellas vacías de whisky, y ante la falta de efectivo y la negativa de los moradores a entregar un vehículo campero accedieron finalmente a recibir dos letras de cambio por valor de $500.000,00 cada una, un equipo de sonido y una cadena de oro. Los individuos se movilizaban en una camioneta chevrolet Luv y un vehículo-taxi (cuyas placas habían sido cubiertas con barro), abandonando en seguida el lugar con la promesa

de devolver el dinero cobrado si se les suministraba información sobre personas que trabajaran con trago adulterado o negocios ilícitos; para ello los citaron en dos oportunidades sin que obviamente hubiesen acudido. Luego de algunas averiguaciones preliminares, los afectados identificaron como autores del hecho a Roberto Rueda Uribe, Reinando Rojas y Giovanni Rodríguez Chaparro, integrantes todos del Cuerpo Técnico de Policía Judicial" (fls. 111 y 112 Cd 3)

2. El Juzgado 25 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá abrió investigación luego de algunas diligencias de carácter preliminar (fls. 3-1), escuchó en indagatoria a los imputados Rojas Garzón y Rueda Uribe, recibió declaración de las personas que se encontraban en la residencia allanada y citó repetidamente al tercer imputado, Rodríguez Chaparro, sin resultados positivos.

Es de anotar que en sus indagatorias (fls. 57 y 81-1), los imputados Rojas Garzón y Rueda Uribe sostuvieron haber estado en la casa registrada a instancias de Wilson Giovanni Rodríguez Chaparro, pero sin tener conocimiento de que se hubiera llevado a cabo algo anormal. Se refieren a una operación u operativo, en el que Rueda Uribe se limitó a permanecer en la puerta de la residencia y Rojas Garzón a conducir el vehículo, según sus afirmaciones.

3. Mediante auto de 8 de febrero de 1991 (fls. 99 y ss.-1) se decretó la detención preventiva de los dos indagados, por los delitos de concusión, violación de habitación ajena por empleado oficial y hurto.

4. Teniendo en cuenta que Rodríguez Chaparro no atendió las citaciones para indagatoria, se ordenó su captura, obteniéndose información de policía judicial en el sentido de que había sido declarado insubsistente del cargo desde el 13 de noviembre de 1990. En marzo de 1991 se le emplazó y luego se le declaró persona ausente (fls. 151 y ss.-1).

5. Cerrada la investigación (fls. 220-1), se la calificó con resolución acusatoria por los delitos de concusión y hurto, expidiéndose copias con destino a las autoridades de policía en relación con la contravención especial de violación de habitación ajena (fls. 245 y ss.-1).

El 23 de abril de 1991, fecha del auto calificatorio referido, Rodríguez Chaparro otorgó poder notarial a un abogado (fls. 259-1), y en la misma fecha, la defensora de Rueda Uribe apeló la resolución acusatoria.

El 7 de julio de 1991 se capturó a Rodríguez Chaparro (fls. 290-1).

Mediante auto de 28 de junio de 1991 (fls. 15 y ss.-3), el Tribunal, al conocer de esa apelación, revocó la resolución acusatoria en relación con el hurto, por estimar que todo lo que se vinculaba con los bienes hacía parte de la concusión, cesando procedimiento al respecto. En lo demás, confirmó el proveído

6. El Juzgado 38 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá asumió el conocimiento de la causa y practicó varias pruebas entre las cuales se cuenta la indagatoria de Rodríguez Chaparro, quien dijo haber tenido un negocio de 2 cajas de whisky con Mauricio Torres Sarmiento (uno de los residentes de la vivienda registrada), y que ese día había ido a cobrarle el dinero correspondiente, pero que como Mauricio carecía de dinero le dio la

cadena y el equipo de sonido, aparte de que una señora (en el proceso, la denunciante María Consuelo Torres Sarmiento) le firmó dos letras de cambio. Dijo también que sus dos compañeros se quedaron afuera y que Rojas entró a despedirse porque tenía que irse. Recalca que el referido whisky le resultó "chiviado", como se lo hizo notar Abelardo Bernal, explicando que el equipo de sonido lo empeñó con Rueda Uribe y que la cadena la vendió (fls. 78 y ss.-2).

En las ampliaciones de indagatoria (fls. 99 y ss.-2), los otros dos procesados tratan de avalar, aunque con muchas imprecisiones y contradicciones, la injuriada de Rodríguez Chaparro.

7. La audiencia pública se inició el 22 de noviembre de 1991 (fls. 207 y ss.-2), dictándose fallo de primera instancia el 3 de enero de 1992 (fls. 329 y ss.-2), en el cual, como en la acusación, se dio plena credibilidad a los habitantes de la casa registrada y se hizo ver la inverosimilitud de los dichos de los acusados.

De conformidad con los cargos, se condenó a los procesados como coautores del delito de concusión a la pena principal de 2 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios y se negó la condena de ejecución condicional. También se ordenó la expedición de copias para investigar si el procesado Rueda Uribe incurrió en falso testimonio al afirmar que fue torturado cuando se lo aprehendió.

Apelada esa sentencia por los defensores de los procesados, el Tribunal, mediante la suya, que recurrió en casación Rodríguez Chaparro, la confirmó enteramente (fls. 11 y ss-3).

La Demanda

El demandante invoca la causal tercera de nulidad por violación al derecho de defensa, nulidad que aloja en los artículos 305-3 y 304-3 de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual.

Los siguientes son los motivos de nulidad que alega:

1. "No se verificaron las citas del indagado Wilson Giovanni Rodríguez Chaparro" (fl. 261).

Dice el actor que el procesado citó el nombre del dueño de la residencia donde él estuvo con sus compañeros antes de ir a la casa registrada, señor Libardo Vargas, quien nunca fue citado al proceso, así como tampoco lo fue Abelardo Bernal, quien le advirtió sobre la adulteración del whisky que Rodríguez Chaparro dijo haber comprado a Mauricio Torres Sarmiento. Dice también que se omitió escuchar a Gerardo Martínez, a quien el procesado sostiene haberle vendido la cadena que le dieron en la residencia de los Torres Sarmiento.

Cita jurisprudencia y doctrina sobre el derecho de defensa, todo tendiente a establecer que hay nulidad cuando se hace caso omiso de las citas que realiza el procesado y sirven a su defensa.

2. "Nulidad por vinculación tardía del imputado al proceso" (fls. 265 y ss.).

"Lo anterior indica -dice el actor- que perfectamente debe aceptarse que si sólo hasta el 14 de octubre de 1991 se le recibió indagatoria, cuando ya se encontraba el proceso en la etapa de juzgamiento, fue precisamente por descuido procedimental y no por negligencia de mi cornitente en presentarse" (fl. 265).

Cita la norma que faculta al procesado a solicitar su indagatoria y se refiere a lo afirmado sobre el particular por algunos autores nacionales, para sostener que la vinculación a tiempo del procesado tiende a evitar que "a sus espaldas se adelante un proceso penal", impidiéndosele ejercitar el derecho de contradicción (fl. 266).

3. "Nulidad por omisión de práctica de pruebas" (fl. 268).

Manifiesta que en la etapa del juicio el defensor de Rodríguez Chaparro solicitó unas pruebas, parte de las cuales fueron negadas por el Juzgado. "No era equitativo -dice el censor- negarle en la oportunidad procesal de la causa, la práctica de pruebas fundamentales, básicas e importantes" (fl. 268). Más adelante agrega: "No debió de ser negatorio a las pruebas pedidas, atentándose así contra el postulado primario del proceso penal, cual es el de confirmar o el de infirmar los planteamientos del sindicado en la única caja de resonancia que se encuentra dentro de la investigación, esto es, la indagatoria" (fl. 269).

Cita como violadas las normas del Código de Procedimiento Penal que hablan de la investigación integral y del objeto de ésta, y las normas constitucionales que aluden al derecho de defensa del procesado y al derecho de petición.

Solicita, entonces, que se case el fallo "y en su lugar se profiera sentencia absolutoria en los términos considerados por esa alta Corporación" (fl. 271).

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal advierte que, por referirse a pruebas dejadas de practicar, los cargos primero y tercero deben ser estudiados conjuntamente:

1. En cuanto a Libardo Vargas, Abelardo Bernal y Gerardo Martínez, citados por el procesado Rodríguez Chaparro en su indagatoria, dice que únicamente respecto del segundo se aportaron datos que permitieran su localización, quien fue citado pero no compareció.

Estima que en relación con las numerosas pruebas solicitadas por el defensor en la etapa de la causa no se demostró su conducencia, según los artículos 491 del Código de Procedimiento Penal derogado y 250 del actual. Que dichas pruebas "resultaban ineficaces, improcedentes e inconducentes" como "se dejó motivado suficientemente", y que si el defensor o el procesado no estuvieron de acuerdo con el auto que negó la mayoría de esas pruebas, debieron haber apelado del mismo, cosa que no hicieron.

Critica que el casacionista demande una nulidad y al tiempo pida absolución, porque si prosperaran los cargos de la demanda, lo pertinente sería anular para que se practicaran las pruebas echadas de menos.

"Igualmente -dice- no se vulneró por manera alguna el derecho de defensa que pregona el casacionista, por la no práctica oportuna de las pruebas aludidas por el

procesado, por cuanto el informativo da cuenta de prueba testimonial, documental, pericial e indiciaria de orden incriminatorio determinante que permite mantener *sub judice* a Rodríguez Chaparro a instancia de las pruebas aludidas por el acusados (sic), las que de ser recaudadas no lograrían desvirtuar la responsabilidad del procesado" (fl. 13).

Manifiesta que es el juzgador quien decide qué pruebas debe practicar y que "sólo cuando se advierte que la orientación de dicho poder de la pesquisa penal ha sido arbitrariamente distorsionado o desviado para impedir la producción de pruebas en favor del procesado, que son pertinentes o conducentes como condición de la legitimidad de su ordenación, cabrá decir de la anulación del proceso pero no por falta de ellas propiamente, sino por la actitud de bloqueo judicial a su derecho de solicitar pruebas relacionadas con el hecho, y verificables en el mundo de lo real" (fl. 115).

2. En cuanto a la vinculación tardía del procesado, dice que primeramente y dada su investidura de empleado oficial, se lo citó, y luego, ante el informe de que había sido declarado insubsistente se ordenó su captura, que al no dar resultados positivos determinó su declaración de persona ausente.

Pone de presente la Delegada el hecho de que el procesado Rodríguez Chaparro estuvo efectivamente defendido durante todo el proceso, hasta su culminación, luego de cuyo recuento concluye:

"De lo anterior se infiere sin lugar a dudas que el procesado estuvo todo el tiempo pendiente de la investigación con miras a que ésta le resultara favorable y en vista de que no lo fue decidió hacerse parte, porque para la justicia resultó imposible físicamente localizarlo y así le corrobora el informe de la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Medellín (fl. 205 del c. o. N° 1), en donde se da cuenta de la infructuosa búsqueda del procesado, el mismo que desde junio de 1990 había sido trasladado a Medellín" (fls. 16 infra y 17).

Pide, pues, no casar el fallo.

Se Considera

Siguiendo un orden lógico-argumentativo, la Sala examinará en primer lugar el segundo reproche, que trata de la "vinculación tardía de. imputado al proceso", y luego en un solo punto, porque ambos cargos convergen en la misma razón, estudiará lo que atañe a la no práctica de pruebas.

1. Como se tuviera conocimiento de que el procesado Rodríguez Chaparro pertenecía al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, esto es, que era empleado oficial, se lo citó dos veces a la dirección de su residencia que anotó en su hoja de vida (fls. 38 y 74-1), se ordenó su captura y después de recibido el informe negativo respecto de su aprehensión, se lo declaró persona ausente como lo ordena la ley.

Mas incluso antes de que se produjera su aprehensión, el defensor que el Juzgado le designó alegó oportunamente cuando se cerró la investigación (fls. 215 y ss.-1); luego su defensora de confianza pidió que se le cambiara de cárcel (fls. 308-1); después nombró nuevo apoderado (fls. 345-1) que pidió copias del proceso y solicitó pruebas, interponiendo recurso de reposición contra el auto que las negó; después designó nuevo defensor que también pidió copias de la actuación, participó en la audiencia pública (fls.

207 y ss.-2) y apeló del fallo de condena; luego el propio procesado interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal (fls. 181-3), obteniendo posteriormente la libertad por pena cumplida según solicitud suya (fls. 248 y ss.-3); y, finalmente, otorgó poder para sustentar el recurso extraordinario (fls. 257 y ss.-3).

Con nitidez se puede ver que en momento alguno "se formó un proceso penal a espaldas" del procesado Rodríguez Chaparro, como alega el casacionista. En cambio, claramente emerge la cautela observada por dicho acusado con respecto a este proceso penal que se le seguía. Téngase en cuenta que desde el 23 de abril de 1991, fecha de la resolución de acusación, el procesado Rodríguez Chaparro, antes de ser capturado, otorgó en una Notaría poder a una abogada. De suerte que, como estimó la Delegada, sí estuvo bastante pendiente del proceso que se le seguía, sólo que no quiso comparecer a la justicia por su propia voluntad, actitud achacable no más que a él y que no genera irregularidad de ninguna especie, mucho menos la nulidad a la cual aspira el censor, la que desde luego no prospera.

2. Sea lo primero anotar en cuanto a estos reproches por falta de práctica de pruebas, que el casacionista no cumple en parte alguna con la obligación de quien sustenta este recurso extraordinario de demostrar la incidencia de las pruebas que echa de menos; es decir, con la obligación de demostrar que con la práctica de esas pruebas el procesado Rodríguez Chaparro hubiera sido absuelto, o al menos condenado a una pena menor.

Esta omisión bastaría para dar por no próspero el cargo, pero conviene anotar que los testimonios de Libardo Vargas, Sergio Martínez y Abelardo Bernal, citados por Rodríguez Chaparro en indagatoria, apenas demostrarían -en su orden-, partiendo de la base de que ellos declararan la verdad, que los procesados se reunieron con Libardo Vargas antes de allanar la residencia en Suba; que Sergio Martínez compró la cadena que las víctimas habían empeñado; y que Abelardo Bernal advirtió a Rodríguez Chaparro que el whisky estaba adulterado. Ninguno de esos datos, de haberse obtenido, estaría diciendo que Rodríguez Chaparro no incurrió en la concusión que se le imputa y por la cual fue condenado. Es más, admitiendo la verdad de esas declaraciones hipotéticas, éstas dejarían intacta la concusión, pues los datos que ellas arrojan apenas serían antecedentes y subsiguientes de ese delito contra la administración pública. No sobra recalcar que Abelardo Bernal fue citado y no compareció (fls. 34-2).

Por lo que dice relación a las pruebas pedidas en la etapa de la causa, que el Juzgado de conocimiento en su mayoría negó por auto de 26 de agosto de 1991, con motivación altamente aceptable su impertinencia, innecesariedad y vaguedad (fls. 423-1), el defensor se limitó a pedir la reposición de esa decisión, pero no la apeló, como bien pudo hacerlo (fls. 14 y ss.-2).

De todos modos, las pruebas solicitadas en esa oportunidad estaban muy lejos de cambiar la imputación. En efecto, ellas se referían a la captura de Rodríguez Chaparro y a dictámenes grafológicos de los escritos de la denunciante y del procesado Rueda Uribe, para determinar en qué situaciones suscribieron, en su orden, las letras de cambio y una carta comprometedora para Rodríguez Chaparro, al igual que otras pruebas tendientes a verificar si Rodríguez Chaparro había sido debidamente citado para indagatoria en este proceso. Otras probanzas que pidió el defensor estaban dirigidas a establecer si a los miembros de la familia Torres Sarmiento (la que habita la casa registrada) se les ha

expedido pase para conducir automotores y "si existe tarjeta de propiedad o vehículo alguno a su nombre" (fls. 417-1).

En la mayoría de esas pruebas, el solicitante se abstuvo de decir qué se proponía con su práctica.

En fin, es del caso reiterar que así se hubiesen llevado a cabo esas probanzas, el cargo específico por concusión habría permanecido incólume, razón suficiente para que la omisión que se encostra al Juez de conocimiento resulte inane.

Por último, merece la pena destacarse la parte central de la imputación contenida en el fallo recurrido:

"Finalmente, en lo que tiene que ver con Wilson Giovanni Rodríguez ha de decirse que es el *principal comprometido en la conducta ilícita*. Aparentemente fue quien ideó el plan criminal, quien motivó a sus compañeros del Cuerpo Técnico a trasladarse hasta la residencia de los Torres Sarmiento ubicada en Suba, para finalmente allí, de acuerdo con lo relatado por los presentes de manera categórica y uniforme, asumir la dirección del operativo que culminó con la exacción ilícita. Fue así mismo quien, al cabo de prolongadas negociaciones, terminó por aceptar los bienes obtenidos, tomando la cadena de oro, el equipo de sonido (dando orden de sacarlo a su amigo Rueda) y las letras de cambio por $500.000,00 cada una.

"Lo anterior supone obviamente que las explicaciones rendidas por aquél *resultan absolutamente inconsistentes e inverosímiles*, siendo, por tanto desechadas; más aún si su dicho aparece totalmente infirmado por las demás probanzas recaudadas, que lejos de reseñar un inocente cobro de un dinero, ponen de presente una ilícita y reprobable actitud de su parte, apoyada por otros no menos inescrupulosos compañeros" (fls. 120 infra y 121. Se resalta).

Tiene finalmente razón la Delegada en cuanto critica la petición de absolución que el casacionista hace depender de la prosperidad de la demanda, ya que obviamente si el actor en su sustentación se dirige a probar que el proceso está sustancialmente incompleto (pues a su juicio faltan pruebas vitales), sobre vicio semejante no puede a Sala dictar fallo de sustitución, sino que, de prosperar la casación, tendría que remediar la falencia alegada, a fin de que se practicaran las pruebas demandadas, lo cual no puede hacerse sino a través del mecanismo de la nulidad.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gaviria Londoño, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Si se aduce la violación directa de la ley sustancial, se aceptan los hechos y las pruebas tal como los ha asumido el fallador, al paso que si se alega violación indirecta, se discute dicha apreciación probatoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8847. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 106 noviembre 17 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1993.

Mediante la presente providencia la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada contra la sentencia de 10 de junio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Oswaldo Fierro Otavo a 10 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

Antecedentes

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Espinal (Tolima), mediante sentencia de 1º de marzo de 1993 (folios 176 y ss.-1), condenó al procesado Oswaldo Fierro Otavo a la citada pena principal, fallo que, apelado por su defensor, recibió entera confirmación del Tribunal, decisión esta última contra la cual el referido defensor interpuso recurso extraordinario de casación.

Según el fallo impugnado, los hechos objeto del proceso atañen a que "a la medianoche del 19 de marzo de 1990, cuando se celebraba un baile en la caseta de la señora Alix Rojas de Sánchez, situada en la localidad de Coello y en cuyo interior compartían amigablemente varios parroquianos, hora en la cual la tranquilidad que reinaba se rompió estrepitosamente a raíz de la actuación de uno de los asistentes, Oswaldo Fierro Otavo, que por el hecho de haber caído a sus pies una botella de cerveza que alguien lanzó desde un extremo del salón, desenfundó un revólver y con él disparó, causándole la muerte a José Guillermo Lima, uno de los asistentes, al haberle impactado el proyectil partes vitales de su organismo" (folios 11-2).

La Demanda

Al invocar la causal de casación para impugnar la sentencia, el actor dice: "La contenida en el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial" (folios 4-3).

Transcribe el artículo que define en el Código Penal el dolo y advierte que "la sentencia viola esta norma por aplicación indebida". Luego de algunas y abstractas reflexiones sobre el dolo dice: "En efecto, el dolo así sea el eventual requiere la intencionalidad, la aceptación de la realización del hecho como posible para que sea punible (sic) exige la concurrencia de la voluntad, de la intención sin importar que el resultado de esa acción sea constitutivo de un hecho punible, lo que necesariamente exige una representación mental de esa posibilidad, representación de cuya ocurrencia no existe la certeza de la que habla el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y sin ella la aplicación del artículo 36 del Código Penal entraña una violación de la ley sustancial" (folios 5-3).

Señala como aplicados indebidamente los artículos 36 y 323 del Código Penal y como dejado de aplicar el artículo 329 *ibidem*, que contempla el homicidio culposo, por el cual pide a la Sala se condene al procesado.

Se Considera

Se pone de manifiesto que ésa no es manera de alegar en casación. En efecto, la demanda primeramente no dice si se trata de violación directa o indirecta de la ley, y si por la transcripción de parte de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que hizo el casacionista, se pudiera pensar que se trata de violación directa, más adelante éste repite que "no existe la certeza de que habla el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal", incursionando de este modo en la violación indirecta de la ley, como que se refiere al mérito probatorio para condenar. Bien es sabido que si se aduce la violación directa de la ley sustancial, se aceptan los hechos y las pruebas tal como los ha asumido el fallador, al paso que si se alega violación indirecta, se discute dicha apreciación probatoria.

En el presente caso, suponiendo (se advierte que a la Corte no le es dado suponer en estas materias, pues la demanda debe ser clara y precisa) que el casacionista plantea la violación directa de la ley, estaba en la obligación de demostrar a la Corte que las consideraciones hechas por el sentenciador encajaban en el delito de homicidio culposo (tesis que propone el actor) y no en el delito de homicidio con dolo eventual.

Pero no, en vez de llevar a cabo esa demostración, el censor se limita a consignar unas breves, abstractas y personalísimas reflexiones sobre las características del dolo y las clases de éste, sin referirse a este caso concreto que se juzga.

Una alegación de tal índole mueve a la incertidumbre y vacilación de la Sala, que en últimas, no sabe con precisión qué es lo que alega el actor, quedándole imposible suplantarlo o completar y enderezar sus argumentaciones.

Entre los requisitos formales de la demanda (debido proceso) se encuentra que el casacionista indique en forma clara y precisa los fundamentos del libelo, estando además

prohibido aducir censuras excluyentes (como las violaciones directa y la indirecta) dentro de un mismo cargo (artículo 225, numerales 3° y 4° del C. de P. P.).

Dados los anotados defectos de la demanda, se la rechazará, debiéndose en consecuencia declarar desierto el recurso de casación, como lo manda el artículo 226 *ibidem*.

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

RESUELVE:

Inadmite la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Oswaldo Fierro Otavo. En consecuencia, se declara *desierto* el recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / *REFORMATIO IN PEJUS*

Afirmar que el comportamiento del acusado no rebasó la esfera penal por carencia de dolo, y que el Estado invirtió la interpretación probatoria teniendo por de cargo la que eran de descargo y que por eso falló contrariamente a lo probado, son afirmaciones que requieren, cada una, su propia demostración. / Ciertamente la legislación no hace una clasificación nominativa de los distintos aspectos y conceptos que constituyen la violación de la ley sustantiva en materia de casación, pero también lo es que la presentación de los cargos y su desarrollo obedece a pautas de lógica jurídica propias del recurso, que como extraordinario impone una serie de condiciones que abarcan desde la mera estructuración formal de la demanda hasta su desenvolvimiento técnico y así mismo lógico. / La obligación civil, pese a ser una de las consecuencias del delito, no es una sanción, no está prevista como tal en la ley positiva, y no tiene por qué estarlo, en cuanto el delito es una de las fuentes de las obligaciones en materia civil. / Restringiéndose la prohibición constitucional al aspecto punitivo del delito: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", so pretexto de este mandato no puede rebasarse su contenido y alcance impidiendo al juez de la segunda instancia enmendar los yerros que en materia indemnizatoria hubiera podido incurrir el *a quo* al efectuar su tasación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7560. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 109.

Santafé de Bogotá, D. C., 24 de noviembre de 1993.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación contra la sentencia del 18 de febrero de 1992, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, incoado en vigencia del C. de P. P. de 1987, en la que con modificación de la de primera instancia se condena al coprocesado José Fernando Meza a las penas principal de 38 meses de prisión

y multa de cien mil pesos, y a la accesoria por igual término de interdicción de derechos y funciones públicas, como responsable del delito de estafa en perjuicio de Pablo Antonio Bernal.

En la misma providencia se condena también a Jairo Baracaldo Rodríguez a idénticas penas, y a ambos se les impone solidariamente la obligación indemnizatoria, con modificación respecto del monto que el fallo de primera instancia había señalado.

Hechos y Actuación Procesal

Pablo Antonio Bernal dio previo contrato escrito de compraventa el 5 de septiembre de 1988 a la firma Autocars de Bogotá, entonces representada por su Gerente Jairo Baracaldo, dos millones trescientos mil pesos en calidad de cuota inicial de un vehículo cero kilómetros marca Mazda de servicio público, que acordaron le sería entregado con todos sus documentos en regla el 25 de octubre del mismo año, cuando a su vez aquél cancelaría el saldo de la negociacion -cuyo monto total era cuatro millones cuatrocientos mil pesos- con un crédito que adquiriría ante la entidad financiera que la firma vendedora le señalara.

Como llegado el día de perfeccionarse el negocio, la vendedora no cumplió y se dedicó a dilatar su compromiso ante los continuos reclamos del comprador, su Gerente, señor Baracaldo, con la autorización del socio mayoritario, José Fernando Meza, le devolvió al cliente el dinero que éste le había abonado en un cheque contra el Banco Internacional, que al ser consignado para cobro resultó impagado porque la cuenta había sido saldada desde antes del giro del título valor, desencadenando este episodio la protesta del comprador, ante lo cual Meza le autorizó suscribir un contrato de cesión con el también acreedor de la firma Autocars, Meyer Fabio León, el 30 de mayo de 1989, contrato según el cual éste le entregó a Bernal un vehículo de la misma marca pero de otras especificaciones que la firma tenía en consignación de Germán Darío Morales -que supuestamente era su dueño- y que simultáneamente tenía Meyer Fabio en garantía de la firma por un millón novecientos mil pesos, recibido por Bernal, que estuvo precedido de la entrega por parte suya y según el acuerdo suscrito, de ochocientos mil pesos a Meyer Fabio y que igualmente se hacía en garantía.

Para clarificar la situación del vehículo, Bernal se dio a la tarea de localizar a quien se le había advertido figuraba como su propietario y conforme a la negociación celebrada a su vez por éste con Autocars, suscribió con él el contrato de compraventa y le entregó un millón de pesos más a la vez que el vendedor se comprometió en el término de 45 días a tramitarle adecuadamente su documentación, pero el tiempo transcurrió sin que le diera cumplimiento (folios 3-13, 89-91 cd. ppl.).

Correspondió al Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Bogotá iniciar la investigación, en desarrollo de la cual vinculó con indagatoria a los mencionados Meza, Baracaldo y a la esposa de aquél, Myriam Moreno de Meza, allegó abundante material probatorio, y estableció que en diversos despachos judiciales de la capital de la República cursaban otros tantos procesos por conductas similares asumidas por los dos primeros en perjuicio de numerosas personas. El sumario fue calificado con llamamiento a juicio -manteniéndose la medida de aseguramiento de detención preventiva- por estafa agravada para Meza y Baracaldo y cesación de procedimiento para la señora y la providencia cobró

ejecutoria en los mismos términos porque el recurso de reposición interpuesto por Meza fue resuelto adversamente (folios 14, 19 y ss., 66-67, 86, 102, 141, 159, 160, 161, 162, 163, 180, 197, 107 y ss., 114 y ss., 181 y ss., 214 y ss., 239, 283 y ss., 295, 304 cd. id.).

Rituado el juicio, previa audiencia pública se profirió el fallo de la primera instancia, en el que el Juzgado 16 Penal del Circuito condenó a los dos encausados a las penas antes relacionadas y les individualizó la obligación indemnizatoria en un millón seiscientos mil pesos, y conocido que fue en apelación de la defensa este proveído por el Tribunal, lo confirmó en sus sanciones pero lo modificó en lo relativo a la indemnización, incrementándola conforme a las circunstancias que consideró lo ameritaban, a quinientos gramos oro, solidariamente, y bajo la óptica de no tratarse esa consecuencia del delito, de una pena conforme al ordenamiento positivo (folios 313 y ss., 366 y ss., 403 y ss., y cd. Tr.), en su fallo, contra el cual la misma parte ha recurrido en casación.

La Demanda

Acogiéndose a la causal primera, segundo cuerpo del artículo 226 del C. de P. P. de 1987 la defensora demandante asevera que la sentencia es violatoria, en forma indirecta, por error de hecho de la ley sustancial, artículos 2º, 5º, 23, 35, 36 y 356 del C. P. Para demostrar el cargo formula cuatro objeciones respecto de la apreciación que el Tribunal hizo de cuatro de los elementos de juicio obrantes en el proceso, así:

Primera. Erró el Tribunal al valorar el testimonio del denunciante Pablo Antonio Bernal y dar por establecida con ese medio probatorio la tipicidad del delito atribuido a su poderdante a pesar de que de él sólo podía deducirse el incumplimiento de un contrato civil; también erró al afirmar el elemento inducción en error del dicho del mismo deponente cuando refirió la novación de la obligación civil inicial olvidando que él estuvo asesorado para esa negociación por una profesional del derecho que además suscribió como testigo y que esta intervención calificada aparece evidente en el nuevo contrato que corre al folio 89 v., de compraventa, y en el "de cesión del carro y del cual -dice- emana la nueva obligación (novación)" que corre al folio 10 del cuaderno del Juzgado.

Segunda. Erró también en la apreciación del primer contrato de compraventa "pactado por el denunciante", del "recibo de caja por medio del cual se hace entrega del dinero al vendedor" de cheque "girado a favor del denunciante contra el Banco Internacional de fecha 21 de abril de 1989", al tener estos documentos como demostrativos de "la conducta típica y antijurídica" de su representado, aclarando la demandante que todos ellos conforman el contrato.

Tercera. Igualmente erró al valorar el contrato de cesión del folio 10 y tenerlo como prueba de cargo, cuando "lo que realmente se está planteando allí es la entrega de un vehículo aunque diferente del inicialmente pactado, pero cuya aceptación fue previamente aceptada por su asesora".

Cuarta. También erró al valorar el segundo contrato de compraventa y "catalogar los hechos" emanados de él porque "lo planteado allí es el nacimiento de una nueva relación contractual ajustada a todas las normas de carácter civil que regulan estas materias, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas" porque el denunciante estuvo asesorado de una profesional del derecho que suscribió como testigo éste y el contrato de cesión.

Luego bajo un título que llama "conclusiones" la recurrente afirma que las pruebas "obrantes al plenario" constituyen "la certeza de que el comportamiento" del procesado Meza en ningún momento alcanzó el ámbito penal porque su actuar "no fue doloso o contrario a derecho" y que al haberlo considerado de esta manera el Tribunal transgredió el artículo 247 del C. de P. P. porque esta disposición exige la presencia de la prueba de responsabilidad del acusado, que en este caso no existió, porque fue precisamente él quien "dio solución al conflicto suscitado por su Gerente y representante legal como consecuencia del incumplimiento del contrato de compraventa". Considera que el sentenciador no puede incurrir "en erradas apreciaciones invirtiendo las pruebas de descargo como si fueran de cargo, cuando en realidad el proceso nos está mostrando todo lo contrario". Insistiendo en que el haber contado con la asesoría de una profesional del derecho en la celebración de los dos últimos contratos impidió que el denunciante fuera inducido o mantenido en error, reitera la falta de tipicidad de la conducta del sentenciado Meza.

Como consecuencia de lo dicho, solicita la casación del fallo de segundo grado y su reemplazo por uno absolutorio para su prohijado.

Concepto del Ministerio Público

Se aparta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal de la petición de la recurrente por considerar que la demanda está viciada de graves inconsistencias de orden técnico y además es confusa.

Advierte el funcionario que a pesar de que el ataque se anuncia como fundado en el error de hecho en la apreciación de unas pruebas por parte del Tribunal, su signataria lo desvía al campo del error de derecho al cuestionar el criterio del fallador por supuestos falsos juicios de convicción. Destaca del escrito la omisión en mencionar la clase de errores de hecho que pudieron determinar la equivocación valorativa de la prueba y considera que "lo que hace es discrepar de la estimación que de ésta hizo el fallador y la conclusión" a que el Tribunal llegó al "deducir la tipicidad del hecho y su atribución al procesado".

En relación con la no inducción y mantenimiento en error del denunciante, de que habla la actora basada en que éste contó con asesoría profesional para la celebración del contrato de cesión y el nuevo de compraventa, recuerda la Procuraduría que el Tribunal ordenó la expedición de copias para que se investigara la conducta disciplinaria de la abogada que lo asistió y recaba que lo que la demanda contiene es una oposición de criterios entre la recurrente y el fallador. Así mismo advierte que "del análisis sistemático del conjunto" de las pruebas glosadas por la censora se destaca que en el contrato de compraventa firmado entre el denunciante y Autocars ésta adquirió la obligación de entregar al comprador con sus documentos y en un determinado plazo el vehículo acordado y él le hizo un abono a la negociación, pero que incumplida, el representante de la firma le dio en devolución un cheque que no pudo ser cobrado porque la cuenta había sido cerrada; que en el documento de cesión autorizado el cedente sólo podía sustituir el depósito del nuevo vehículo aceptado por el perjudicado, quien le dio a aquél ochocientos mil pesos, y que el ciudadano que debía traspasar el dominio, Germán Morales, no era el propietario del bien para la fecha de la cesión, y consecuente con este recuento fáctico-procesal, desecha los llamados cargos segundo y tercero concluyendo

que "la confrontación de criterios en la estimación probatoria entre la recurrente y el sentenciador, se hace pues palpable frente a los mencionados elementos, debiendo en consecuencia ser desestimada la acusación en estos eventos... por apoyarse en argumentos ajenos al motivo de impugnación propuesto, y a los fundamentos propios del recurso de casación, en tanto corresponden a un típico alegato de instancia" manteniendo esta posición argumental de rechazo también frente al llamado cuarto cargo en la demanda.

Consideraciones de la Corte

Varias e insalvables falencias de carácter técnico afectan el escrito de demanda, al punto de desnaturalizarlo como tal, si se observa que su estructura omite el rigor elemental de la demostración del cargo que plantea, indispensable en la proposición lógico-jurídica que busca una solución concreta y del mismo tenor. Asiste pues la razón al señor Procurador en propugnar por la desestimación del recurso sugiriendo la no casación del fallo. En efecto

Por una parte, la distinguida casacionista no indica, dentro del error de hecho, cuál o cuáles fueron los que cometió el Tribunal al apreciar las pruebas de las que pregona hubo yerros de evaluación, ni los demuestra, como tampoco prueba en qué consistió la indebida aplicación de las normas sustantivas, proveniente de esos tales errores: se limita a consignar afirmaciones que simplemente contradicen las conclusiones del fallador en torno a la estructuración del delito por el cual su cliente fue vocado a juicio y condenado, pero que tampoco constituyen en sí argumentos o un criterio de valoración propiamente tal.

Aseverar que el testimonio del denunciante fue erradamente apreciado porque de esa prueba se dedujo la tipicidad del delito y que de ella sólo podía inferirse el incumplimiento de un contrato civil; que de su relato de la novación no podía colegirse el haber sido inducido en error porque contó con la asesoría de una abogada que también le sirvió de testigo en los subsiguientes contratos de cesión y compraventa, pero limitar el cargo a esas aserciones en la primera de las censuras que lo conforman comporta la formulación a medias del reclamo, como que se desconoce la razón del dicho y apenas sí esboza el comienzo de un discurso que no logra complementarse con las siguientes objeciones, porque todas ellas adolecen del mismo mal, como pasa a verse:

En la segunda y tercera el error -indeterminado, como se recuerda- se hace recaer en el contrato inicial y los documentos que en sentir de la actora lo integran, a saber, la constancia de recibo del dinero por el vendedor y el cheque sobre cuenta saldada con el cual éste le hizo creer al denunciante le devolvía su dinero abonado, y en el contrato de cesión, pero olvida la censora también indicar y demostrar en qué consistieron los yerros valorativos del Tribunal, pretendiendo de manera tácita que el fuez de la casación interprete y complete la idea y les confiera caprichosamente un determinado alcance a las pruebas, opuesto, desde luego, al del fallador de la instancia.

La cuarta censura parte del supuesto de que con la asesoría de una profesional del derecho y a la vez testigo del contrato de compraventa que después del de cesión autorizado por el procesado suscribió el denunciante con un tercero -también acreedor de la firma Autocars- la negociación se tornó en un contrato civil porque de esta naturaleza fue ese segundo contrato a que las argucias de los procesados llevaron al frustrado

comprador, pero además, de no indicarse cómo erró el Tribunal al apreciarlo, se presenta como un acto aislado de la secuencia de actos que en su empeño ilícito cumplieron éstos y que cuidadosamente rastreada en la investigación fue la que determinó el sentido de la sentencia con la cual culminaron las instancias.

Así pues, en cuanto esta objeción no hace la cobertura de todos los supuestos de hecho constitutivos de la infracción, dejando incólume los demás que por igual manera la constituyeron, tampoco puede tenerse como un cargo completo y, por lo menos, sujeto a estudio en esta sede extraordinaria.

Los restantes comentarios vertidos en el escrito como "conclusiones" mantienen la misma tónica: vaguedad y falta de fundamentación. Afirmar que el comportamiento del acusado no rebasó la esfera penal por carencia de dolo, y que el Estado invirtió la interpretación probatoria teniendo por de cargo las que eran de descargo y que por eso falló contrariamente a lo probado, son afirmaciones que requieren, cada una, su propia demostración; y huérfanas como aparecen de ella, son inatendibles también.

Ciertamente la legislación no hace una clasificación nominativa de los distintos aspectos y conceptos que constituyen la violación de la ley sustantiva en materia de casación, pero también lo es que la presentación de los cargos y su desarrollo obedecen a pautas de lógica jurídica propias del recurso, que como extraordinario impone una serie de condiciones que abarcan desde la mera estructuración formal de la demanda hasta su desenvolvimiento técnico y así mismo lógico.

Así, si el demandante considera que la transgresión que adece fue indirecta, esto es, provino de errores en la apreciación probatoria del sentenciador de instancia, además de señalar si el error tuvo que ver con la existencia material de la prueba ya porque la ignoró, o la supuso, ora porque la tergiversó en su contenido real para hacerle decir lo que no decía (error de hecho), o se originó en la ilegal producción o aducción de la prueba o en su equivocada valoración frente a tarifas preestablecidas en la ley (error de derecho), deberá demostrar la razón de su dicho, la incidencia que los yerros ejercieron en el sentido del fallo acusado, extender el ataque a todas y cada una de las pruebas que le sirvieron de fundamento al aspecto de la decisión que se esté impugnando, para que la censura sea completa y de posible estudio.

Limitarse el censor a consignar afirmaciones simplemente discrepantes de las del fallador, sin anclaje en la clase de error que pregona, no conforma la demanda en sus premisas lógicas indispensables, ni responde a motivo alguno de casación. Esta no fue concebida por el legislador para cuestionar el criterio de evaluación de la prueba que él mismo estableció basado en el principio de la apreciación racional y le impuso al juez como única pauta en la definición del caso puesto a su consideración, sino para remediar los errores reales en que incurra en ese proceso mental, en detrimento de la legalidad y de los derechos de las partes, comprobables, en la violación indirecta, a partir de la prueba en sí, aportada al proceso.

La fuerza de credibilidad otorgada por el fallador a uno o varios de los elementos de juicio para inferir cualquiera o todos los ingredientes del delito y aun sus consecuencias en un caso concreto, reconocido en el estudio de la prueba bajo la cabal observancia de los principios generales que la gobiernan, no puede ser controvertida en sede de casación porque no responda a los distintos tipos de error que este medio extraordinario

de impugnación reconoce. Su discusión encuentra el campo de acción única y exclusivamente en las instancias, en donde a través de la apreciación racional el juez define el debate probatorio mediante pronunciamiento, que sólo si refleja estar viciado de los yerros que autorizan la intervención del juez de la casación, puede ser objeto del juicio de derecho que constituye la demanda. Vale decir: si el sentenciador no ha cometido error en la aplicación de la ley relativa a la prueba porque la abordó en su exactitud objetiva y legal, el mérito intrínseco de la prueba conferido en la tarea de apreciación estimativa de la misma repele el reexamen en sede de casación, que no puede desconocer el justiprecio que en uso de su facultad de apreciación racional ha hecho el fallador de la instancia para reemplazarlo por uno con conclusiones opuestas o diversas. Aceptarlo, contraría, como incesantemente lo ha dicho la Sala, el principio de seguridad de los fallos judiciales.

En el caso específico de que se trata, el contexto de la demanda, según se vio al resumirla, está constituido por una serie de aseveraciones relativas a la credibilidad que a determinadas pruebas el Tribunal otorgó como indicativas de los distintos elementos estructurales de la infracción materia de la sentencia, no demuestra la razón de las mismas afirmaciones, no especifica los errores que pudieron determinar la violación indirecta de la ley sustancial, y no contiene un pensamiento universal y coherente de la conducta probada del procesado para enfrentarla a los errores de que habla y extraer la conclusión absolutoria que pretende, por lo cual ha de tenerse como inepto el cargo en sus varias objeciones que lo integran y declararse su improsperidad.

De otro lado, y pese a no ser motivo de reclamación, encuentra propicio la Sala otorgar la razón al Tribunal de segunda instancia en lo concerniente con el incremento de que hizo objeto a la obligación indemnizatoria frente a la liquidación hecha por el juez del Circuito y de cara a la prohibición de reforma en perjuicio que consagra el artículo 31 de la Carta actual cuando de apelante único se trata siendo éste el acusado, pues esa obligación, pese a ser una de las consecuencias del delito, no es una sanción, no está prevista como tal en la ley penal positiva, y no tiene por qué estarlo, en cuanto el delito es una de las fuentes de las obligaciones en materia civil. Así lo establece el artículo 1494 del C. C. cuando expresa: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia", y tan cierto es ello, que la acción civil no es imperativa para el afectado con el delito, pues está a su arbitrio ejercitarla o no, y puede además según su preferencia, hacerlo dentro del mismo proceso penal o mediante una acción civil basada en la sentencia condenatoria, por manera que restringiéndose la prohibición constitucional al aspecto punitivo del delito: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", so pretexto de este mandato no puede rebasarse su contenido y alcance impidiendo al juez de la segunda instancia enmendar los yerros que en materia indemnizatoria hubiera podido incurrir el *a quo* al efectuar su tasación.

Finalmente y en cuanto la sentencia acusada no guarda coherencia en lo relacionado con la posible coparticipación criminal del testigo y supuestamente obligado tradente de la propiedad inscrita del vehículo por el cual en desarrollo del pacto entre el denunciante

y el representante de la firma Autocars se le cambió el que éstos habían negociado, Germán Darío Morales Rodríguez -a quien aquél hubo de entregarle un millón de pesos previamente al traspaso tampoco efectuado-, como que el Tribunal afirma, aludiendo al testimonio de folios 81-82 del cuaderno principal:

"Empero, más censurable aún resulta la actitud dolosa de Morales Rodríguez, quien después de prestarse a semejante maniobra, pretendió mostrarse víctima de las actuaciones fraudulentas de los inculpados, llegando, inclusive, a hacer objeto de negociación las acciones judiciales que contra Autocars y sus representantes legales cursaban por estafa y abuso de confianza, tal como reza la cláusula segunda del documento visible al folio 89", pero omite ordenar la expedición de copias para que se investigue la conducta del mentado individuo, la Sala habrá de disponerlo, sin que ello implique modificación de lo decidido, dado el sí encía que sobre el particular observa el fallo y la obligatoriedad que impone la ley (artículo 25 inciso 2º C. de P. P.).

En consecuencia 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:

1. *No casar* la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

2. Por la Secretaría de la Sala y con destino a la correspondiente Unidad de Fiscalías, compúlsese copia del contrato del folio 89, del acta de testimonio de folios 81-82 del cd. ppl., del fallo del Tribunal, y de esta providencia una vez en firme, para lo de su cargo.

Cópiese, cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana. Secretario.

DEMANDA DE CASACION / *IN DUBIO PRO REO*

En el recurso de casación sólo pueden discutirse los errores del juicio valorativo de las pruebas, en tratándose de la violación indirecta, basándose en las consideradas en sí mismas y a partir de ellas, no en los criterios de evaluación ajenos a esa exigencia obrantes o no en el proceso, por el mero hecho de que con ellos comulgue el interesado. / El principio de la duda no eliminable dentro del proceso y causante de absolución, que es el que consagra la norma, exige para su aplicación la persistencia del estado de perplejidad hasta el punto que el Juez no puede adoptar con la certeza absoluto la decisión que pone fin al proceso. / El Juez de la casación no puede arbitrariamente cambiar el sentido de las decisiones acusadas a través de este recurso extraordinario, a riesgo de atentar él mismo contra el fundamental derecho del debido proceso, que por igual cobija a las partes hasta el último momento de la vigencia de la actuación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 7144, Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 109.

Santafé de Bogotá, D. C., 24 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Fernando Augusto García Herrán contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, con adición a la de primera instancia, se lo condena como autor responsable del delito de estafa en perjuicio de Jaime Alberto Gaitán, a las penas principales de 16 meses de prisión y multa de dos mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término; se le concede el sustituto de la ejecución condicional, se le impone la obligación civil indemnizatoria, y se adoptan otras determinaciones relacionadas con el caso.

Hechos y Actuación Procesal

Entre Jaime Alberto Gaitán y Fernando Augusto García Herrán se celebró el 23 de diciembre de 1988 un contrato de permuta de automotores según el cual éste le entregó

al primero una camioneta Chevrolet Luv de placas GK 6762 avaluada en cuatro millones de pesos y Gaitán a García un automóvil marca Mercedes Benz, placas AA 6577 avaluado en dos millones trescientos mil pesos, más el saldo representado en dos cheques por valor total de un millón cuatrocientos mil pesos y trescientos mil pesos en efectivo. García le advirtió a Gaitán que aunque sobre la camioneta pesaba reserva de dominio, y así constaba en la tarjeta de propiedad, ya ningún dinero adeudaba de ese bien y sólo restaba legalizar su levantamiento, lo que haría pasadas las festividades navideñas, y que en definitiva no cumplió, sino que, por el contrario, desapareció, y un buen día una tercera persona, doña Rosario Rojas, acudió a su oficina exigiéndole la entrega de la dicha camioneta, porque ella era su propietaria y aún debía dinero a la firma Cofinanciera S. A. a favor de la cual aparecía la reserva de dominio y que el mentado García "se la había quitado -según le comentó- con un cheque de cien mil pesos", lo cual causó perplejidad al denunciante, a quien aquél le había suministrado los documentos con los que supuestamente podía perfeccionar el traspaso.

Previas algunas diligencias de indagación, el Juzgado 42 de Instrucción Criminal de Bogotá inició la investigación y a ella vinculó con indagatoria al sindicado García Herrán, resolviéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución de la cual solicitó rebaja o en su defecto cambio por juratoria, sin éxito, por lo que el Despacho terminó imponiéndole detención preventiva (folios 1 y ss., 26, 164 y ss., 308-209, 276-278 cd. ppl.).

El mérito sumarial fue calificado con resolución acusatoria por el delito de estafa agravada, comprometiéndose así en juicio al implicado, y transcurrida que fue la etapa de la causa, una vez celebrada la audiencia pública el Juzgado 30 Penal del Circuito profirió la sentencia de condena, desoyendo los argumentos del Ministerio Público y la defensa, que en consecuencia apelaron ante el Tribunal sin resultado favorable a la absolución que pretendían, porque la Corporación en su fallo -que es el impugnado en casación- en Sala mayoritaria de decisión lo confirmó con la adición relacionada con el plazo para el pago de los perjuicios (folios 334 y ss., 386 y ss., 528 y ss., 547, 552, 556 cd. ppl y 20 y ss., cd. Tr.).

La Demanda

El único cargo que se formula contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá se fundamenta legalmente en la causal 1ª del artículo 226 del C. de P. P. de 1987, por considerar el demandante que es violatoria, en forma indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Partiendo de los elementos estructurales del tipo penal de la estafa afirma que en el caso concreto "no es dable predicar que el comportamiento de García Herrán es de adecuación típica a lo normado por el artículo 356..." porque el acusado no estaba frente a una persona empírica en el comercio de vehículos, ya que la actividad del denunciante y el giro normal de sus negocios era también ése; porque el denunciante "negó y ocultó" que el cheque que extendió al imputado en pago parcial del mayor valor del vehículo de la permuta resultó impagado, y que tal título a su vez fue dado por éste en pago a la entidad que tenía en reserva el dominio del automotor; además, negó que el anterior dueño del automóvil dado por él en permuta autorizó el traspaso a favor del sindicado; ocultó "de manera tendenciosa" haber entregado cuatrocientos mil pesos al acusado, y también

ocultó que la señora Rosario Rojas entregó libre y espontáneamente el automotor al procesado.

Agrega que el Código de Comercio en su artículo 951 contempla el contrato de compraventa garantizado con prenda de la cosa vendida y no prohibe la enajenación de bienes con reserva de dominio y fue así como doña Rosario Rojas entregó a procesado la camioneta y éste se comprometió a cubrir el saldo que mantenía la reserva, lo cual indica que la conducta desplegada por él no fue fraudulenta, "contentiva de astucia, llena de sutilezas y malicias" y actuó de buena fe como lo enseña el proceso.

De otra parte -prosigue-, lo que existió en el caso específico fue un contrato de carácter civil celebrado entre el acusado y el denunciante, el autorizado en los artículos 1849 y 1955 del C. C., y el juez de la primera instancia sancionó fue el hecho mismo de que García Herrán hubiese permutado la Chevrolet Luv por el Mercedes, sin miramiento a que fue una transacción permitida en la legislación civil.

No podía entonces pregonarse haber el acusado obrado con dolo porque en el contrato que realizó con el denunciante ambos contratantes conocían la actividad por llevar a cabo, tenían experiencia comercial; es decir, que "mal puede predicarse" que uno de ellos "timó a la otra parte dado que entre los mismos existía ya una amistad producto del conocimiento de ellos. Y no predecible que uno de los contratantes y en este caso el procesado, utilizó artificios y medios inequívocos para inducir en error al denunciante". Seguidamente, con base en el artículo 1502 del C. C., que establece los requisitos para la eficacia de los actos jurídicos, dice que el denunciante era "consiente (sic) del acto que estaba realizando, del objeto que estaba comprando-permutando" y lo hacía con plena capacidad, y por ello fue que el acusado dio su vehículo y parte del mayor valor del que recibía, en dinero.

Luego, tomando el proyecto de fallo que presentó el Magistrado disidente de la Sala de Decisión, que fue ponencia derrotada, reitera la inocencia de su poderdante, asumiendo que en el proyecto se plasma y se traslada que el comportamiento del denunciante es falta de seriedad y no contiene motivos de cuestionamiento que "se contrapongan al contexto probatorio recaudado..." en oposición con la conducta del procesado "cuando en su diligencia de indagatoria presentó al despacho instructor razones verosímiles y de respaldo probatorio que producen certeza no apareciendo en toda la instructiva idoneidad o aptitud para inducir en error a una persona versada en los negocios con automotores, como el denunciante, que determinado por ese error hubiera aceptado la negociación propuesta", en cambio sí se presentan dudas en el comportamiento procesal del denunciante "quien utilizando el órgano jurisdiccional y asaltando la buena fe de terceros, como así sucedió, recupera algo que él lícitamente había enajenado".

En un capítulo de "normas sustanciales infringidas" el demandante relaciona varias disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal que estima lo fueron, tales los artículos 36, 356 y 372-1 del primero, y del segundo los artículos 247 "toda vez que condenó sobre pruebas indebidamente apreciadas"; el 248, "al negar su aplicación" toda vez que de la misma investigación surgieron dudas de la no realización y comisión del delito de estafa "por parte del acusado", y también los artículos 253, 279 y 280 del C. de P. P., éstos por no apreciarse "la totalidad de las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ya que omitió reconocerles su existencia a documentos tales como los de los folios 369 a 372, el del folio 61 y el del folio 39 del cuaderno principal".

Solicita el actor, con base en las acotaciones anteriores, se case la sentencia de segundo grado y se profiera el correspondiente fallo de reemplazo.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal considera inepta la demanda como sustentatoria del recurso de casación, porque pese a advertir y reiterar que la acusación se basa en que la sentencia viola la ley sustancial indirectamente debido a los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, se abstiene de señalar los mencionados errores, y lo que hace es verter una serie de apreciaciones desordenadas, tentativamente orientadas a cuestionar la estructura del delito de estafa materia de la sentencia, pero sin respaldo en la prueba que podría haber sido apreciada con la óptica errada que afirma, dejando así incompleto el cargo. Además, al referirse a las normas supuestamente transgredidas, se limita a relacionarlas sin indicar la razón de su violación y la correlación "que existe entre todas ellas".

En remate de su concepto de desestimación a la demanda, rememora el funcionario, con cita jurisprudencial, los difundidos conceptos de error de hecho y de derecho en materia de casación, y concluye que "En el caso en estudio es evidente que los yerros de carácter técnico impiden que el cargo y la demanda puedan prosperar".

Consideraciones de la Corte

Las insalvables inconsistencias de todo orden que exhibe el escrito de demanda impiden, como acertadamente lo advierte el señor Procurador, que la censura adquiera entidad para remover el fallo acusado.

El actor atribuye a la sentencia haber concluido equivocadamente y así mismo condenado a su patrocinado debido a los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de unos elementos de juicio; es decir, a la transgresión indirecta de la ley, pero fuera de pregonarlo así al presentar el cargo, ningún esfuerzo hace por demostrarlo completa y adecuadamente. Es de verse que circunscribe su discurso a afirmar que el denunciante negó u ocultó algunos episodios que podrían incidir en desdibujar la tipicidad del delito de estafa, pero no indica en forma precisa y clara, como lo exige la preceptiva del recurso de casación en punto a su técnica, cuáles fueron los errores del fallador que lo determinaron a extraer ese aspecto del delito y su responsabilidad de la prueba testifical del denunciante para establecerlos en cabeza del procesado García, con lo que la censura no logra conformación, impidiendo así la detección del equívoco, más aún cuando omite al ocuparse de la demostración, toda referencia a las demás probanzas que apoyaron el fallo en forma trascendente, y sólo de manera insular, pero igualmente desarticulada, habla de que se "omitió reconocerles su existencia" a unos documentos bajo el título de "normas sustanciales infringidas", documentos a cuyo contenido no hace alusión sino que se limita a individualizar por unos folios del proceso, para renglones mas adelante afirmar que se aplicó erróneamente el artículo 247 del C. de P. P. porque se "recayó sobre pruebas indebidamente apreciadas, tales como los documentos relacionados en este acápite" (folio 16 cd. C.).

De otro lado, y también en reñido método con el propio del recurso de casación, asevera el actor que la conducta del acusado es típica de estafa porque los actos que

la integraron fueron todos de naturaleza civil, hasta concluir en la celebración del contrato de permuta entre éste y el denunciante, y sin explicar la razón de sus aseitos consigna que lo que el sentenciador de primer grado sancionó fue el hecho mismo de la permuta, omitiendo probar cómo ese yerro conceptual tan profundo que le atribuye al juez, pudo ser asumido con igual alcance por el Tribunal en el fallo acusado, y más bien, pretendiendo de esa manera, sobreponer su criterio personal sobre el asunto al del sentenciador, apartándose así de la lógica más elemental que implica en la sustentación del recurso demostrar los presupuestos de hecho y de derecho que pongan al descubierto los errores en la apreciación probatoria cometidos en la decisión que cierra las instancias y rebasando los motivos que integran las diversas causales de casación, entre los que no cuenta la falta de coincidencia de opiniones entre el interesado y el fallador carente de fundamentación y de comprensión frente al contenido fáctico del proceso y al juicio que contiene la sentencia.

Inconsistencia no soslayable también emerge del hecho de asumir como prueba para acreditar los supuestos errores el proyecto de fallo que no tuvo acogida en la Sala mayoritaria del Tribunal y se conservó como salvamento de voto del Magistrado disidente que lo presentó, pues si sus argumentos constituyen para el demandante un criterio de autoridad, no son oponibles a la sentencia como demostrativos de errores en el recurso de casación, en donde sólo pueden discutirse los errores del juicio valorativo de las pruebas, en tratándose de la violación indirecta, basándose en las consideradas en sí mismas y a partir de ellas, no en los criterios de evaluación ajenos a esa exigencia obrantes o no en el proceso, por el mero hecho de que con ellos comulgue el interesado.

Añádese a lo dicho la inadecuada afirmación de transgresión del artículo 248 del C. de P. P. de 1987 "al negar -según dice el actor- su aplicación toda vez que de la investigación surgieron dudas de la no realización y comisión del delito de estafa por su cliente". En efecto: el principio de la duda no eliminable dentro del proceso y causante de absolución, que es el que consagra la norma, exige para su aplicación la persistencia del estado de perplejidad hasta el punto que el juez no puede adoptar con la certeza absoluta la decisión que pone fin al proceso.

Es pues, una situación que desconocida por el funcionario en virtud de errores de hecho o de derecho en el proceso mental de evaluación de la prueba se torna evidente en el momento en que el casacionista descubre y precisa uno a uno esos errores en el análisis de los elementos de juicio allegados con la investigación, porque es su deber, aún tratándose del reclamo de la aplicación de este principio universal de derecho, proveer a la demostración de esos yerros, que no pueden quedar en el plano de la mera especulación por la tantas veces repetida razón, que el Juez de la casación no puede arbitrariamente cambiar el sentido de las decisiones acusadas a través de este recurso extraordinario, a riesgo de atentar el mismo contra el fundamental derecho del debido proceso, que por igual cobija a las partes hasta el último momento de la vigencia de la actuación.

Sintetizando, se tiene que la demanda presentada en este caso no indica ni demuestra los errores de hecho en que pudo incurrir el Tribunal en la sentencia de segundo grado, no precisa las pruebas documentales que pudieron ser objeto de errores en cuanto a su existencia; tampoco hace un enfoque global de las pruebas que sustentaron la condena para justificar la afirmación de no haberse apreciado todas las

pruebas en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica; incluye como prueba el salvamento de voto a la sentencia, tratándose de un elemento carente de tal connotación, y, pretende, contra lógica y derecho, que se acoja la opinión evaluativa de su signatario por el mero hecho de ser opuesta a la del sentenciador de las instancias.

Afecta pues al escrito un cúmulo de faltas insubsanables e insoslayables en este limitado y muy exigente recurso extraordinario de casación, que se hace imperativo desechar la censura que lo conforma.

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 este proveído, devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Cópiese 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., Edgar Saavedra Rojas (no firmo).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

Las Resoluciones 009 y 018 de 1987 reglamentan algunas de las actividades que pueden desplegarse con el manejo de elementos precursores de estupefacientes, tales son la importación, fabricación, venta, distribución, transporte y uso; pero de ninguna manera ello implica que el manejo de cantidades inferiores de tales sustancias precursoras haya dejado de ser ilegal, pues, indudablemente, cuando su conservación la motiva el propósito de utilizarlas en la elaboración de droga, el delito se estructura a pesar de que la cantidad no alcance los límites establecidos para el control administrativo. / El artículo 3º del Decreto legislativo 1676 de 1991, al modificar el parágrafo del artículo 9º del Decreto 2790 de 1990 dispuso: la competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras competencias, con excepción de las de menores, así como de los casos de fuero constitucional. Igualmente conocerán de los delitos cometidos con antelación a la fecha en que fueron definidos los tipos penales que aparecen en este decreto y en las normas a que él se refiere, cuando se adecuen a ellos...".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión de competencia número 8924.

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 107. Noviembre 18 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 21 de noviembre de 1993.

Vistos

La Sala de Casación Penal decide el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán y un Juzgado Regional de Cali, a propósito del conocimiento del proceso que por infracción a la Ley 30 de 1986 se adelanta contra Alicia Pérez.

Antecedentes

El 5 de abril de 1993 la Unidad de Fiscalía Previa practicó una diligencia de allanamiento y registro en el inmueble ubicado en la calle 6ª número 10A-31 de la ciudad

de Popayán, durante la cual se incautaron diversas sustancias repartidas en distintas bolsas plásticas. Por ello fue retenida la señora Alicia Pérez.

Conforme al peritaje realizado por el Técnico judicial de la Fiscalía, una bolsa que contenía 158 gramos de sustancia dio resultado positivo para basuco; y cuatro más que pesaron cada una 1.040; 984,5; 520,5; 241,2 y 249 gramos dieron resultado positivo para carbonatos.

Posteriormente, el Laboratorio de Investigación Científica de la Fiscalía, zona suroccidental de Cali, determinó que de las diez muestras recibidas, una contenía cocaína base, otras cuatro carbonato y las restantes dieron resultaco negativo para cocaína o derivados, opiáceos, carbonatos, cloruros ni sulfatos (folio 172).

El 19 de julio de 1993, la Fiscalía Catorce, Unidad Especializada de Popayán dictó Resolución de Acusación contra Alicia Pérez, a quien le imputó la violación de la Ley 30 de 1986. En virtud de la apelación que interpusiera el defensor de la procesada, esa determinación fue confirmada en su integridad por el fiscal de segunda instancia.

Al recibir por reparto el expediente, el Juzgado 6º Penal del Circuito de Popayán dispuso entre otros trámites, que se surtiera el traslado establecido por el artículo 446 del C. de P. P.; pero dentro del mismo lapso, en forma oficiosa, se inhibió de proseguir la actuación, por cuanto, en su opinión, la competencia para conocer del proceso está radicada en los jueces regionales.

El Juez de conocimiento apoya su determinación en el hecho de que en la diligencia de allanamiento no sólo se incautó la cocaína base, sino que, además se encontró una sustancia que dio resultado positivo para carborato; que el carbonato liviano es una sustancia sujeta a reglamentación, según lo establece la Resolución 009 de 1987; que el artículo 43 de la Ley 30 de 1986 sanciona la tenencia de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o cualquier otra droga que produzca dependencia, entre las cuales se menciona el carbonato liviano; que, en consecuencia, hay conexidad entre las infracciones descritas en los artículos 33 y 43 de la Ley 30 de 1986 y por ello la competencia para conocer del respectivo proceso les corresponde a los jueces regionales.

A continuación, el Juez 6º Penal del Circuito de Popayán hace el recuento histórico legislativo sobre la atribución de competencia para conocer del delito descrito en el artículo 43 de la Ley de Estupefacientes, y al efecto cita el numeral 3 del artículo 9º del Decreto 2790 de 1990, que atribuyó a los jueces de Orden Público, en primera instancia, el conocimiento de los procesos por los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de aquella ley, el cual fue acogido como legislación permanente en el Decreto 2271 de 4 de octubre de 1991.

Por otra parte, dicho juez recuerda que el artículo 71 del Decreto 2700 de 1991 atribuyó a los jueces regionales el conocimiento de los delitos descritos en los artículos 36, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1986. Con tales argumentos ordenó remitir la actuación a la Secretaría General de la Fiscalía Regional de Cali, proponiendo la colisión negativa de competencia. Esta última oficina, naturalmente, envió el proceso a la Secretaría común de los jueces regionales.

El Juzgado Regional de Cali que recibió el expediente aceptó la colisión, pues también se considera sin competencia para conocer de este proceso.

Sustenta su criterio en el artículo 2º de la Resolución 009 de 1987, modificada por la Resolución 18 del mismo año en cuanto establece que "deberán inscribirse ante el Ministerio de Salud... las personas naturales o jurídicas clasificadas en esta resolución como importadores, productores, distribuidores y consumidores de las sustancias de que trata el artículo 1º de la presente resolución, cuando se trate de cantidades superiores a: 5 kilos mensuales sólidos, 5 kilos (sic) mensuales líquidos, 110 galones mensuales cuando se trate de thinner".

Conforme a esta disposición, asegura el colisionado, la conducta de la señora Alicia es atípica, pues la cantidad de carbonatos incautada fue de 2.625 gramos y para que la conducta se convierta en hecho punible es necesario que supere los 5.000 gramos. Aduce que si la presencia de insumos hace pensar en la producción de alcaloides o en la existencia de un laboratorio, este comportamiento queda comprendido en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 por cuya violación ha sido acusada, y en todo caso la competencia se determina por la cantidad de la droga incautada, que en este caso fue de 158 gramos de cocaína base. Por ello, el Juez Regional insistió en señalar a la Jueza Sexta Penal del Circuito como la competente para conocer de este proceso, y, por ende, remitió el diligenciamiento a esta superioridad para que se dirima el conflicto.

Consideraciones

El punto que ha suscitado la colisión de competencia es el hecho de que la conducta observada por Alicia Pérez, acusada de infringir el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, también se ciñe a lo estipulado en el artículo 43, por ello conviene recordar su contenido, cuyo texto dice:

"El que ilegalmente tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquiera otra droga que produzca dependencia, tales como: éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años".

El Juez regional interpretó que la legalidad o la ilegalidad de la tenencia de las sustancias relacionadas en la preceptiva anteriormente transcrita dependía de la reglamentación que expidió el Consejo Nacional de Estupefacientes sobre el "control de la importación, fabricación, venta, distribución, transporte y uso" de sustancias utilizables en el procesamiento de drogas que producen dependencia; y que como los importadores, productores, distribuidores y consumidores que manejan mensualmente cantidades superiores a cinco litros o cinco kilos de sustancias líquidas o sólidas o más de ciento diez galones de thinner tienen la obligación de inscribirse ante el Ministerio de Salud, esos límites demarcan la ilicitud del respectivo comportamiento.

En realidad el Juez Regional les atribuye a los actos administrativos efectos que ella no puede producir, como el de descriminalizar conductas cuya ilegalidad describe la Ley 30 de 1986, pues las Resoluciones 009 y 018 de 1987 reglamentan algunas de las actividades que pueden desplegarse con el manejo de elementos precursores de estupefacientes, tales son: la importación, fabricación, venta, distribución, transporte y

uso; pero de ninguna manera ello implica que el manejo de cantidades inferiores de tales sustancias precursoras haya dejado de ser ilegal, pues, indudablemente, cuando su conservación la motiva el propósito de utilizarlas en la elaboración de droga, el delito se estructura a pesar de que la cantidad no alcance los límites establecidos para el control administrativo.

En consecuencia, no es posible afirmar que por debajo de los topes reglamentados por el Consejo de Estupefacientes existe una autorización tácita de la ley para poseer precursores sin importar cuál sea su destinación, porque ello implicaría una permisión para elaborar, en menor escala, sustancias que producen dependencia, lo que resulta absurdo frente a la descripción del artículo 43 de la ley de estupefacientes, que no condiciona la estructuración del hecho punible a determinada cantidad o volumen de elementos utilizados en la elaboración de droga.

Así las cosas, si en poder de la señora Alicia Pérez se encontraron 2 625 gramos de carbonato y éste es uno de los elementos que la ley ha calificado como precursor para el procesamiento de cocaína y otras sustancias que producen dependencia, y además se encontró en su poder cocaína base, hay lugar para pensar que estamos en presencia de la conducta descrita en el citado artículo 43.

Asegura el Juez Regional de Cali que aun en el caso de que la presencia de insumos lleve a inferir la producción de alcaloides o la existencia de un laboratorio, ese comportamiento también está comprendido en el artículo 33, por cuya violación se profirió resolución de acusación contra la procesada. No obstante, el servidor judicial tampoco acierta en este aspecto de su argumentación, pues el único verbo rector que podría acercarse a la tenencia ilegal de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquiera otra droga que produzca dependencia, es el de "elaborar", pero nunca coincide aquella conducta con la que este término describe, a pesar de que para realizar el contenido de la acción de elaborar sea necesario contar con elementos precursores.

Se trata de conductas humanas distintas, cuyo juzgamiento el legislador radicó en cabeza de autoridades judiciales diversas: es así como el numeral 3 del artículo 71 del Decreto 2700 de 1991 atribuía a los jueces regionales, el conocimiento, en primera instancia, "de los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1986".

El artículo 9° de la Ley 81 de 1993 modificó el texto anterior para atribuir a dichos funcionarios el conocimiento "de los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1986 y de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su látex o de la heroína".

Por otra parte, el artículo 3° del Decreto Legislativo 1676 de 1991, al modificar el parágrafo del artículo 9° del Decreto 2790 de 1990 dispuso: "La competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras competencias, con excepción de la de menores, así como de los casos de fuero constitucional. Igualmente conocerán de los delitos cometidos con anterioridad a la fecha en que fueron definidos los tipos penales que aparecen en este decreto y en las normas a que él se refiere, cuando se adecuen a ellos..."

La preceptiva copiada fue acogida como legislación permanente en el artículo 6° del Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991.

Este razonamiento conduce a concluir que, efectivamente, como lo planteó la Jueza Sexta Penal del Circuito de Popayán, en este proceso existe otra conducta presuntamente violatoria de la Ley 30 de 1986 atribuible a la procesada, que es de conocimiento de los jueces regionales. Por lo tanto, corresponde atribuir la competencia para conocer del proceso, a esa especialidad de la jurisdicción, cuyo titular habrá de adoptar las medidas pertinentes para adecuar la actuación a las condiciones procesales anotadas, de tal forma que la calificación y el enjuiciamiento sean proferidos por funcionarios de ella.

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

RESUELVE:

Atribuir al Juzgado Regional de Cali radicado en el conflicto, la competencia para conocer del proceso que por infracción a la Ley 30 de 1986 se adelanta contra la señora Alcira Pérez.

Comunicar al Juzgado 6° Penal del Circuito de Popayán esta determinación.

Remitir el expediente al primero de los despachos judiciales citados.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

La violación de la ley sustancial reviste en la violación indirecta también los sentidos de falta de aplicación o de aplicación indebida del precepto de tal naturaleza, para que a cualquiera de ellos debe llegar el fallador, siempre, por intermedio de yerros ostensibles de apreciación de la prueba que sustenta la sentencia, ya sea por los llamados errores de hecho o de derecho, mientras que por contraste, en la violación directa, la transgresión se manifiesta en esos mismos sentidos, y también en el de errada interpretación cuando el error del sentenciador recae en forma inmediata sobre el precepto sustantivo, o sea para inaplicarlo, aplicarlo indebidamente, o mal interpretarlo, en virtud de recortarle o extenderle sea en exceso o en defecto su sentido y alcance para adaptarlo a la situación fáctica establecida en el proceso y reconocida en el fallo; o también porque en la selección de la norma incurrió en error relativo al tiempo de vigencia o a otras circunstancias de su aplicación; ésta, la razón por la cual el demandante está en el deber de precisar el origen de la transgresión que alega con miras al correcto encauzamiento de su reclamo. / El principio de limitación del recurso extraordinario impone a la Corte reducirse a la causal alegada y probada, excepción hecha de los casos de la oficiosa casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8182. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 110.

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, por modificación de la de primera instancia, condena a Alejandro Ortiz Torres a la pena principal de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, ambas por el término de diez años y seis meses, como autor responsable de los

delitos de porte ilegal de arma de defensa personal y homicidio en la persona de Jorge Enrique Guerrero Barrera.

Hechos y Actuación Procesal

El 6 de junio de 1991 pasadas las seis de la tarde, el Juzgado 13 Permanente de Instrucción Criminal de Bogotá practicó el levantamiento del cadáver de quien en vida respondió al nombre de Jorge Enrique Guerrero, que se encontraba en la vía pública frente al número 7A-45 Sur-Este de la Calle 26 de esta ciudad, y presentaba heridas producidas por arma de fuego. Durante el desarrollo de la diligencia se presentó ante el funcionario que la adelantaba el ciudadano José Vicente Doncel, para manifestar que cuando el homicida disparaba hirió también a su sobrino, de nombre Oscar Doncel Celis, a quien el occiso colocó de escudo en el afán de protegerse de la agresión de que era objeto, que el menor -tenía 14 años- fue llevado por él al hospital San Blas y que se enteró de que el responsable de los hechos fue aprehendido por la Policía, institución ésta que mediante informe de la misma fecha reportó la captura de Alejandro Ortiz Torres dentro de un vehículo -buseta- de servicio público y el decomiso en su poder de un revólver "con cuatro cartuchos y dos vainillas percutidas".

La investigación fue iniciada por el Juzgado 42 I. C., ante el cual, cinco días después, rindió indagatoria el sindicado, mostrándose por total ajeno a los hechos, pues según afirmó, al ser capturado nada sabía de lo que contra él se contemplaba y ninguna arma portaba. El 5 de septiembre de 1991 fue comprometido en juicio por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas, en resolución acusatoria que el Tribunal Superior del Distrito, al conocer por apelación, confirmó en su integridad. En la etapa de la causa, establecida como estaba la pertenencia del revólver decomisado al acusado en un tercero y ordenada que había sido su citación, aquél cumplió su indagatoria y éste depuso, ambos contestemente sobre el motivo por el cual llevaba consigo el arma el día de autos; y rituada la audiencia pública el Juzgado 6º Superior emitió el fallo de primer grado, condenándolo por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal a la pena principal de once años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual y disponiendo la expedición de copias para ante las autoridades policivas, con relación al delito de lesiones personales en el menor Oscar Doncel, debido a que la duración de la incapacidad definitiva fue inferior a treinta días. Este fallo, apelado por la defensa, fue modificado por el Tribunal Superior del Distrito mediante el que es objeto de este recurso extraordinario, en el sentido de reducir la duración de las sanciones a diez años y seis meses, aunque en la parte motiva del proveído advirtió que la pena accesoria quedaría en diez años (folios 1 y *ss.*, 17, 26, 47, 114-122, 314 y ss. cd. ppt. 1; 13 y ss. 38 y ss. cd. Tr.).

La Demanda

El escrito de demanda formula un cargo a la sentencia del Tribunal aduciendo como fundamento legal "la causal 1ª, cuerpo 1º, artículo 220" del C. de P. P., por entender el actor -según lo precisa inicialmente aunque después y sin que se trate de otra censura, cambia su criterio- que es violatoria "en forma directa del tipo penal que indebidamente aplicó" (folio 54 cd. C.) para párrafos adelante afirmar que la forma de violación fue la indirecta "en virtud de obstensible (sic) y manifiesto error de hecho en el análisis de las

pruebas aportadas al proceso, lo que determinó la aplicación indebida de normas de derecho sustancial" (folio 56 ed. id.), porque para estructurar su juicio evaluativo del material de la prueba, el Tribunal incurrió en "apreciación errónea" y "falta de apreciación de determinadas pruebas", en virtud de "un error de hecho y que aparece de manera manifiesta en autos".

Orientando definitivamente la censura a través de la vía indirecta, afirma el censor que la responsabilidad en los delitos se atribuyó a su cliente con fundamento en el testimonio del agente de la Policía Jesús María Cruz, quien refirió haber efectuado la captura del acusado atendiendo la petición de la ciudadanía que a gritos le indicaba que el autor de los disparos se hallaba dentro de una buseta y eso mismo le dijo el tío del menor lesionado, señor José Vicente Doncel, y que en dicho vehículo solamente se hallaban el conductor y el sindicado, atribución que se mantuvo no obstante haber sido contradicho el deponente por el señor Doncel y el conductor del automotor, desconociéndose así la prescripción del artículo 294 C. P. P. (sic) sobre los principios de la sana crítica testimonial, pues que no había coincidencia entre todas las circunstancias referidas por todos ellos. El tío del menor -dice el actor- afirmó no saber el rumbo del agresor luego de los disparos; el policial describió a éste con camisa a cuadros y el señor Doncel con saco a cuadros; además, el conductor de la buseta, por contraste con el agente, dijo que el vehículo llevaba el cupo de pasajeros. Habiendo existido, según asevera el actor, tantas contradicciones como las anotadas y a pesar de ello aceptar el Tribunal la versión del agente de la Policía, hizo incurrir al sentenciador "en una distorción (sic) y ha tergiversado el sentido de la prueba, puesto que ha falseado su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto".

También el Tribunal incurrió en error de hecho, ostensible, en la apreciación de la indagatoria del procesado, específicamente de la ampliación de la misma, al denegarle toda credibilidad. En esa diligencia, como adiciendo todo cuanto había dicho en la primera ocasión en que fue escuchado, admitió ser portador del arma que le fue decomisada el día de los hechos y brindó una explicación idéntica a la que el propietario de dicha arma, Nelson Cubillos, ofreció sobre los motivos por los cuales el condenado la tenía en su poder; y, de otra parte, también erró el sentenciador al considerar que los proyectiles que la Policía reportó como disparados por el revólver lo habían sido el día de los hechos, pues el dueño del arma refirió haberla disparado "una vez por el camino y que hacía como un año que no lo disparaba"; y como tampoco se le interrogó al dueño del artefacto si diariamente lo revisaba, bien podía suceder que alguien distinto del acusado lo hubiera disparado "días antes".

Así pues, el Tribunal incurrió en error de hecho "obstensible -dice- (sic) porque los argumentos para no darle credibilidad a la versión del procesado son infundados", máxime obrando los dictámenes de balística, según los cuales el revólver había sido disparado "en tiempo no reciente", y además, teniendo en cuenta que al Instituto de Medicina Legal se le ordenó practicar prueba de guantelete al procesado pero jamás la efectuó, sino que a su arbitrio realizó la de absorción atómica, sin que previamente ésta hubiera sido prueba ordenada mediante auto, y por lo cual "no tiene -afirma- ninguna incidencia jurídica ni fáctica ese juicio más equivocado, puesto que no se pueden admitir las pruebas que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad como lo dispone el artículo 250 del C. P. P.".

El Tribunal apreció "las pruebas de una manera amañada distorsionada (sic) y apartándose de los fundamentos tanto jurídicos como fácticos" contenidos en la demanda.

Así mismo, erró "equivocandose en su juicio de valoración e interpretación" al considerar que con dos proyectiles se produjeron la muerte del occiso y las heridas al menor de apellido Doncel: pues, según su parecer, "ello se cae de su peso, de la lógica y de un verdadero conocimiento", ya que "es un imposible pensar llegar a considerar y creer que un mismo proyectil haya hecho blanco en dos personas, en ambas haya tenido orificio de entrada e igualmente orificio de salida, teniendo en cuenta la clase de arma descrita e incautada en autos".

Añade que "para el honorable Tribunal las pruebas allegadas al proceso en forma irregular y las que no aportan ninguna certeza", y considerar estas pruebas suficientes para con fundamento en ellas sentenciar" a su cliente "es notoriamente violatorio, concreto el error de hecho". La sentencia "incurrió en graves juicios de identidad sobre los medios de prueba que tuvo en cuenta para fundamentar los móviles que llevaron a determinar la participación en el hecho punible" del acusado, pese a existir en el proceso "copiosa prueba de carácter documental y testimonial de la que se infiere que no había razón alguna para pensarse en que Ortiz Torres sea el responsable de los hechos por los cuales se lo ha condenado".

Con la errónea apreciación probatoria que estima dada, se transgredieron también los derechos fundamentales consagrados en los artículos 29 de la Carta; 5º y 6º del C. P. y 246, 247, 250, 251 y 145 del C. de P. P.

Como petición consecuente, solicita el actor la casación para que por sustitución se absuelva a su poderdante.

Concepto del Ministerio Público y Consideraciones de la Corte

Con acertado criterio, que la Corte hace suyo en cuanto asume con toda seriedad y objetividad el estudio de la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal evidencia las insalvables inconsistencias técnicas y conceptuales que la hacen ineficaz para pretender la remoción de la sentencia de segundo grado.

En efecto, ante la proposición simultánea de violación de la ley sustantiva en formas directa e indirecta, el funcionario advierte que "se evidencia en el cuerpo del libelo un desacertado planteamiento desde el punto de vista de la técnica de casación", lo cual "resulta del todo" contradictorio "dado que la infracción directa de la ley sustancial presupone de suyo la aceptación de los hechos y la valoración de las pruebas por parte del sentenciador, en la forma como apareciere consignado en el fallo, en tanto a través de la infracción indirecta precisamente lo que se impugna es la estimación probatoria que hubiere realizado el juzgador; ignorándose en consecuencia cuál es la verdadera pretensión del demandante y sin que el máximo Tribunal pueda entrar a enderezar la censura o decidirse por alguna de las disyuntivas planteadas que el mismo actor no pudo resolver, dadas las limitaciones ajenas a la impugnación extraordinaria".

No ha de olvidarse, una vez más lo reitera la Sala, que la violación de la ley sustancial reviste en la violación indirecta también los sentidos de falta de aplicación y de aplicación

indebida del precepto de tal naturaleza, pero que a cualquiera de ellos debe llegar el fallador, siempre, por intermedio de yerros ostensibles de apreciación de la prueba que sustenta la sentencia, ya sea por los llamados errores de hecho o de derecho, mientras que, por contraste, en la violación directa la transgresión se manifiesta en esos mismos sentidos, y también en el de errada interpretación cuando el error del sentenciador recae en forma inmediata sobre el precepto sustantivo, sea para inaplicarlo, aplicarlo indebidamente, o malinterpretarlo, en virtud de recortarle o extenderle sea en exceso o en defecto su sentido y alcance para adaptarlo a la situación fáctica establecida en el proceso y reconocida en el fallo, o también porque en la selección de la norma incurrió en error relativo al tiempo de vigencia o a otras circunstancias de su aplicación; ésta, la razón por la cual el demandante está en el deber de precisar el origen de la transgresión que alega con miras al correcto encauzamiento de su reclamo.

Ahora bien, como quiera que después de su presentación inadecuada de la censura el actor optó por acogerse a la violación indirecta pregonando la "apreciación errónea" y la "falta de apreciación de determinadas pruebas" debido a "un error de hecho y que aparece de manera manifiesta en autos", el Ministerio Público y con él la Sala advierten que "el fundamento de la censura en nada se ocupa de los falsos juicios de existencia por omisión anunciados, concluyendo finalmente en que los yerros demostrados, en su criterio, obedecieron a los falsos juicios de identidad en que incurrió el sentenciador en la valoración de los medios de convicción a los que hizo referencia".

Es que en el desarrollo del cargo el señor defensor asevera que el Tribunal distorsionó "el sentido" de la prueba testimonial del agente de la Policía Jesús María Cruz -quien adelantó el operativo de captura del acusado- por haberle conferido credibilidad sobre las circunstancias del mismo y no obstante las contradicciones que a ese dicho le hicieran el conductor del automotor en que se efectuó y el tío del menor lesionado, pero es de destacar cómo, ante la imposibilidad de poner de manifiesto la tal distorsión, que hubiera consistido en atribuir al testigo aserciones que no hizo, el profesional se da a la tarea de descalificar el crédito de la prueba pretendiendo restársele con fundamento en algunas divergencias de detalle entre ella y el dicho de otras personas; es decir, presentando un enfoque diferente del que el sentenciador asumió de los elementos de juicio pero no sustentado en cualquiera de los errores de hecho que el recurso de casación admite para cuestionar el fallo impugnado, sino en un criterio obviamente interesado del actor, con desconocimiento del sistema de la sana crítica que obliga al Juez en el examen de la prueba y del principio de limitación del recurso extraordinario, que impone a la Corte reducirse a la causal alegada y probada, excepción hecha de los casos de la oficiosa casación.

Idéntica situación se presenta en relación con la ampliación de la indagatoria del acusado, la cual, en la opinión del censor, debía ser totalmente acogida porque en ella, pese a admitir portar el arma que le fue decomisada el día de los hechos, brindó una explicación concatenada con la versión del propietario del artefacto, mientras que cuando se le sometió a la injurada luego de su captura negó todo conocimiento al respecto. Nuevamente aquí el profesional, lejos de demostrar el yerro en que el Tribunal pudo incurrir al apreciar tal elemento de juicio, simplemente aboga por la concesión graciosa de credibilidad, en detrimento de la lógica, las reglas de la experiencia y la conjunta evaluación de la prueba, principios que constituyen la sana crítica, como si de reexaminar

el material allegado se tratara, no bajo el imperativo de objetivos yerros denunciables en la casación, sino por obra del arbitrio del juez extraordinario. Semejante planteamiento lejos está de ser admisible en este recurso, pues no se aviene a ninguno de los motivos contemplados en las diversas causales.

Tampoco acierta el demandante en la sustentación del cargo por haber inferido el Tribunal que los disparos a los agredidos salieron del arma decomisada al procesado el día de los hechos, pues para poner en entredicho tal conclusión omite toda referencia al o los errores en que pudo la Corporación incurrir al asumir la prueba indiciaria sobre el particular, prefiriendo potenciar basado en el dicho del huidizo propietario del arma que sólo cuando fue localizado dentro de la investigación se interesó por el destino de la misma a pesar de ser evidente su desaparición desde cuando supuestamente le encomendó al acusado llevársela al sector del barrio Veinte de Julio, esto es, mediando más de medio año desde los hechos; éstos ocurrieron en junio de 1991 y él apenas declaró en febrero de 1992 (folios 2 y 207 cd. ppl.). Nuevamente aquí, la situación planteada es la del uso que el sentenciador hizo del principio de la sana crítica en la extracción de su conclusión, a la que busca oponer el recurrente su particular óptica, en procedimiento ajeno por completo a esta clase de extraordinario recurso.

Con un nuevo equívoco, se alza el censor contra el fallo de segundo grado al criticar la evaluación de la prueba de absorción atómica que sin ordenamiento judicial previo decidió el Instituto de Medicina Legal practicar al acusado, tornando también ineficaz el reclamo. En efecto, éste se sustenta en el acertado criterio de que "no se pueden admitir las pruebas que hayan sido obtenidas en forma ilegal", pero infortunadamente se deja cobijado por la afirmación de la existencia de errores de hecho que se atribuyeron a la valoración de los demás elementos de juicio, cuando lo correcto hubiera sido sostener la tacha por error de derecho, que tal es el que se presenta cuando la prueba se crea o incorpora en forma ilegal al informativo. Por esto, acierta el Ministerio Público cuando sostiene:

"Así mismo desborda los límites de la acusación propuesta, y que basa el libelista en errores de hecho nacidos de falsos juicios de identidad, cuando considera equivocada la valoración que del dictamen técnico emitido por la División de Criminalística, Sección de Física y Química de. Instituto de Medicina Legal, sobre la emisión o absorción... por haber apreciado esta prueba sin haberse ordenado mediante auto previo, y por ende aducida ilegalmente al proceso.

"Dado que alegación en tal sentido se hallaría encaminada a demostrar ciertamente infracción indirecta de la ley sustancial, pero no por el error de hecho aducido en la demanda, sino por la vía del error de derecho originado en un falso juicio de legalidad, revelando por este aspecto la confección del libelo otra seria carencia técnica que también da al traste con la acusación".

Tampoco tiene lugar en este recurso como error propio de la casación el discurso apreciativo del censor en torno a los efectos de los disparos salidos del arma decomisada, pues -como dice la Procuraduría y lo comparte la Corte- "por muy juiciosos que fueran los argumentos esgrimidos por el censor, en torno a los impactos producidos en los cuerpos de las víctimas por los proyectiles del arma de fuego, sus trayectorias y efectos, pero que sólo tiene por objeto oponerse a las conclusiones de la sentencia y sin que en

nada contribuyan a la demostración del motivo y sentido de la impugnación formulados, resultan ajenos al recurso extraordinario, por las razones expresadas".

Como ha quedado visto, ninguno de los reclamos formulados por el demandante asume entidad para cuestionar el fallo. Sin embargo, observando la Corte que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en esta nueva ocasión incurre en la vulneración del debido proceso, en cuanto desconoce el principio de la legalidad de la pena accesoria -interdicción de derechos y funciones públicas- impuesta al procesado, señalándosela con igual extensión que la de prisión, vale decir, diez años y seis meses, a pesar de la delimitación a diez años como máximo que impone el artículo 44 del C. P., impera casar oficiosamente la sentencia acusada, en forma parcial, para cuantificar con arreglo a la ley dicha sanción, en observancia de los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P.

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, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de reducir a diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Alejandro Ortiz Torres. En lo restante, sin modificación el fallo.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

SANA CRITICA / PRUEBA

Dentro de las reglas de eficacia del procedimiento, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal facultaba al Juez para el rechazo de las pruebas inconducentes, ilegales, ineficaces, impertinentes o superfluas. / Existen medios de prueba que la ley regula de manera expresa, v. gr. la obligación que tienen los comerciantes de llevar libros de contabilidad artículos 19.3, 48 y 68 del Código de Comercio, en concordancia con el Decreto 624 de 1989 artículos 654 y 655 del Estatuto Tributario, y las de los liquidadores de las sociedades de presentar estados de la liquidación, un informe razonado, un balance general y un inventario detallado, artículos 225 y siguientes del Código del Comercio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8069.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 109. Noviembre 24 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Vistos

El defensor de la procesada Martha María Arcila vda. de Cossio interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 21 de agosto de 1992, confirmatoria de la condena impuesta por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de la misma ciudad en contra de la acusada por los delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos, que amerité la imposición de la pena principal de veintidós (22) meses de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, así como la obligación de atender el pago de los perjuicios materiales tasados en la suma de $16.810.269.00.

Hechos y Actuación Procesal

Los hechos fueron concretados en los fallos, de la siguiente manera:

"Mediante Escritura Pública número 571 de marzo 27 de 1980, extendida en la Notaría Séptima del Circuito de Medellín, se constituyó la empresa denominada Mecoplast Ltda. siendo registrada en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 12 de diciembre de 1980, en el libro 9º, folio 349, bajo el número 7293 y matriculada en el Registro Mercantil bajo el número 21-51854-3. Después de varias sesiones legalmente realizadas, en virtud de acto escriturario número 1169 de marzo 1º de 1985, protocolizado en la Notaría 15 de esta ciudad, Mecoplast Ltda. quedó de propiedad de los hermanos Hernán Darío y Fredy León Cossio Machado, en la proporción de un 75% del capital social para el primero, quien a su vez fue designado gerente, en tanto que el 25% restante correspondió al segundo. Ocurrió que Fredy León por aquella época residía en los Estados Unidos o en Canadá y desde 1985 su familia perdió todo el contacto con él, pues ninguna noticia volvieron a tener por lo que procedieron a tramitar el proceso por la declaratoria de presunción de muerte por desaparecimiento y una vez obtenida la sentencia se registró su muerte en la Notaría Sexta de esta ciudad como ocurrida el dos de febrero de 1987 (folio 68); Fredy León en el momento de su desaparición se encontraba célibe, razón por la cual sus progenitores por ley adquirieron el derecho a heredar sus bienes; pero una nueva situación se presentó en el clan de los Cossio, pues Hernán Darío falleció el 6 de febrero de 1988 a consecuencia de un accidente de tránsito y fue entonces necesario impulsar el juicio de sucesión con respecto a sus bienes, en el que al efectuarse la partición le adjudicaron el 75% del capital social de Mecoplast Ltda. a los menores Fredy, Carolina y Adriana Cossio Arcila, hijos del causante.

Con motivo de la muerte de Hernán Darío Cossio Machado, su esposa Martha María Arcila, quien se desempeña como subgerente, asumió la administración de la empresa Mecoplast Ltda. y fue así como procedió a su enajenación total, apropiándose del valor percibido por la venta, afectando así los bienes de los progenitores de Fredy, toda vez que por herencia les correspondía el 25% del producto de dicha transacción; sin embargo, el asunto no terminó allí, pues la justiciable convocó a reunión de socios en la sede social de la firma, en donde elaboró el Acta número 14 de octubre 30 de 1989, en la que consta la determinación de disolver la sociedad y consecuencialmente se ordena su liquidación (folio 58), acta que fue protocolizada en la Notaría Segunda de Medellín, mediante Escritura Pública número 2.539, el día 30 de noviembre de 1989 (folio 72). Es de resaltar, que en dicha acta se hizo figurar como compareciente al socio Fredy Cossio Machado, cuando ya para esa fecha estaba registrada su muerte civil; también se fingió la firma del secretario Nelson Isaza, que supuestamente certificó la existencia de ese documento; posteriormente, con fecha del 31 de octubre, se elaboró el Acta número 15, donde se designa como liquidadora a la señora Marta María Arcila de Cossio (folio 62), protocolizándose en la Notaría Segunda de esta ciudad mediante Escritura número 2.578, el día 4 de diciembre de 1989 (folio 59), presentando la misma irregularidad que la anterior".

La investigación corrió a cargo del Juzgado 55 de Instrucción Criminal de Medellín, y a ella se ordenó la vinculación de la imputada, a quien se cobijaría luego con resolución de acusación por el delito de estafa procesal, adecuación provisional modificada por vía de alzada en el Tribunal de Medellín para concretar los cargos de abuso de confianza y falsedad en documento privado.

Tramitada la audiencia pública por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, mediante fallo de junio 8 de 1992 se puso fin a la instancia condenando a la acusada a las penas antes señaladas, decisión recurrida por la defensa y confirmada en su integridad

por el Tribunal Superior de Medellín en decisión que resulta ahora objeto de impugnación extraordinaria.

La Demanda

Al amparo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la sentencia del *ad quem*, el primero por la vía del numeral tercero concordante con el artículo 304.3 del Código de Procedimiento Penal, y el segundo, subsidiario de aquél, por la causal primera, acusando la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la inspección judicial.

En el *cargo primero* el recurrente afirma que en la etapa de la causa el entonces defensor de la acusada solicitó un sinnúmero de pruebas enderezadas a demostrar que la acusada no se había apropiado de los dineros producto de la venta de Mecoplast Ltda., pero el *a quo* las denegó con auto de febrero 7 de 1991, argumentando su inconducencia, pues lo que se pretendía demostrar contaba ya con la suficiente acreditación dentro del expediente. Sin embargo, se explica, "la razón jurídico-procesal de la causa está en relación directa con la insuficiencia probatoria en la etapa de instructiva, y la facultad para los intervinientes para mejorar sus pretensiones frente a los cargos por el estado a través de la resolución de acusación

"Pero denegar una prueba, con la sola argumentación que los hechos contrarios ya están demostrados, constituye no sólo un peligroso e indebido prejuzgamiento, sino una forma de dejar ineficaz el período probatorio de la causa".

Si bien es cierto que al recurrir en apelación el auto denegatorio, el Tribunal lo confirmó apenas parcialmente, pues ordenó la práctica de algunas probanzas, la verdad fue que las desestimadas constituían el fundamento defensivo en la medida en que permitían demostrar que la acusada había destinado el excedente de la venta de la sociedad para cancelar parte del pasivo de la misma: "obligaciones que adeudaba la Sociedad Mecoplast Ltda., a terceros, entre ellos proveedores, y familiares de su esposo Hernán Darío Cossio Machado, quienes en vida habían hecho préstamo a aquél y a ella en representación de la sociedad que regían".

Ante la negativa de los medios relacionados en los numerales 4°, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y el acápite de testimonios del escrito petitorio, la defensa se vio evocada a presentar dentro del debate de la audiencia una serie de documentos públicos y privados que los falladores desestimaron también calificándolos de superfluos, dilatorios, e inoportunos, y ello constituyó un nuevo cercenamiento de las oportunidades con las cuales contaba la acusada.

En su sentir, la falta de aceptación de la totalidad de las pruebas solicitadas hizo que los juzgadores consideraran solamente y de manera objetiva la transacción que les permitió deducir la supuesta apropiación de dineros en perjuicio de los herederos de Fredy León Cossio Machado, con lo cual se inobservó lo previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal de entonces (hoy artículo 333), canon ligado estrechamente con el derecho de defensa, pues "los documentos públicos, representados por las certificaciones expedidas por los Jueces Civiles del Circuito y Municipales que daban cuenta de los pagos realizados en esas dependencias judiciales, en los que constaban

los pagos hechos por la procesada a terceros, cuando ésta adquirió las obligaciones en su condición de representante legal de la sociedad Mecoplast Ltda., o que adeudaba su esposo como representante legal de la misma que garantizaba además, a título personal, lo que incidiera en que las acciones ejecutivas se dirigieran contra ella, como heredera en compañía de sus hijos, de quien representó los intereses de la sociedad Mecoplast Ltda., y los documentos privados que igualmente daban fe que aquélla había cancelado obligaciones a proveedores y familiares de Hernán Darío Cossio Machado.

"Era pues tal la contundencia de la prueba documental pública y privada, que para enmendar su error al fallador de primera instancia no le quedó otra alternativa que reconocer los valores consignados en los documentos públicos, no estimando los valores contenidos en los documentos privados en los que se daba cuenta que habían sido recibidos por terceros a quienes la sociedad Mecoplast los adeudaba, y que la procesada había referido con nombres propios en todas sus actuaciones procesales, cuando aún podía buscar la comprobación de su autenticidad, no sólo porque se le había mencionado el nombre de las personas suscriptoras de tales documentos en el escrito de pruebas, sino también porque el artículo 498 del C. de P. P. vigente en la época así se lo permitía por las amplias facultades que el legislador le daba en ese instante como supremo Director de la Audiencia.

"...la pretermisión de una prueba válida y conducente conllevó una flagrante violación al Derecho de Defensa que erige el Legislador a la categoría de Nulidad Legal, conforme a la estructura del artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal, que era análoga en su configuración y significancia en el artículo 305-3 del Decreto 050C de 1987".

La solicitud consecuente se encamina en este cargo a que la Corte reconozca y decrete la respectiva nulidad, y como consecuencia determine el estado en que ha de quedar la actuación en el caso presente, señalando el funcionario competente al cual procede el envío de las diligencias.

2. En el *cargo segundo* el censor afirma que la prueba de inspección sobre los libros contables de la Sociedad Jomis Ltda. no fue tenida en cuenta en su integridad por los juzgadores, siendo que la misma permitía demostrar que la venta de Mecoplast Ltda. se hizo mediante un documento privado en el cual se fijó su monto, forma de pago y el pasivo que asumiría la sociedad adquirente, el cual fuera objeto de confirmación por parte del Juez Catorce Penal de Circuito, y que al hacerse el respectivo balance contable entre el activo de la sociedad y los pasivos cancelados, no permitían hablar de una apropiación indebida como equivocadamente lo hicieran los falladores, violando de esa manera el artículo 358 del Código Penal. La siguiente es la petición subsidiaria que eleva:

"Si la honorable Corte Suprema de Justicia aceptare la existencia de esta segunda causal de casación que hemos formulado subsidiariamente, solicitamos respetuosamente casar el fallo impugnado y dictar el que deba reemplazarlo suprimiendo obviamente el cargo sobre el abuso de confianza como hipótesis concurrente".

Concepto del Ministerio Público

En criterio del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el primer cargo propuesto no puede prosperar porque las pruebas solicitadas por el defensor de la procesada si bien fueron denegadas inicialmente por improcedentes e inconducentes,

al recurrirse la decisión denegatoria en alzada, el Tribunal la confirmó apenas en parte, accediendo en lo restante a su recaudo, lo que dio pie para la recepción de algunos medios, dejando con ello satisfecha en buen grado la aspiración plasmada y concediendo con amplitud a la defensa el ejercicio de los correspondientes recursos.

Pero además y no obstante la cita de los numerales de solicitud de pruebas -añade el Procurador-, el libelo "...no le indica a la Sala cuáles fueron las que, según el criterio del demandante, incidieron en la decisión judicial que ahora se impugna, ni se muestra de qué manera tales pruebas pudieron modificar la configuración fáctica del caso, y la adecuación típica de los hechos juzgados en las instancias. Como es ya tema decidido por la jurisprudencia, en casos semejantes, debe el recurrente señalar la prueba concreta que por su ausencia afecta sustancialmente el interés defensivo del sentenciado, y en qué modo ello ocurriría, pero no hacer un planteamiento general en donde se afirme que todas las pruebas pedidas habrían variado el resultado de la defensa ejercida, y por ende habrían variado la decisión del sentenciador".

En otro aspecto, "el planteamiento técnico es errado esencialmente frente a la prueba documental privada porque las pruebas que el recurrente estima como fundamentales para la defensa 'era en donde *mayormente* la defensa iba a sustentar la prueba demostrativa...', si bien fueron aportadas al proceso en la audiencia pública, también fueron consideradas por el juzgador en la evaluación del acervo probatorio, tanto que admitió y dedujo los pagos consignados en documentos públicos, en tanto que desechó el contenido de los documentos privados llevados por el defensor en vista de que no estaban autenticados como exige el Código de Procedimiento Civil. Es decir, no se trata de un fenómeno de preterminación de pruebas, o de que ellas no hayan sido atendidas en el proceso por el Juez, ya que lo fueron realmente, sino que se aportaron incorrectamente para su eficacia formal según las exigencias de la ley procesal civil, lo cual constituye un error de derecho sobre la prueba en cuanto la razón para su desestimación fue la de no reunir la exigencia legal para que revistiera fuerza probatoria como se establece en los artículos 252 y 368 del Código de Procedimiento Civil".

Y añade:

"Corrobora el punto anterior el que se hubieran atendido las pruebas documentales públicas que se allegaron en la misma audiencia junto con los escritos privados sin autenticar. Además es la propia conducta procesal de la defensa la que impide que la prueba sea valorada, pues omitió autenticar los escritos privados que alegó a la audiencia pública. No es un falso juicio de convicción, en nuestra opinión, porque no se desvalora la prueba propiamente, sino que por requisitos de ley se desatiende, los cuales además no tienen que ver con su contenido.

"Pero respecto de las demás pruebas, que consisten en declaraciones de terceros, ya que se ha dicho repetidas veces que la falta de la práctica de pruebas o de la admisión de ellas, en casos como éste en que fueron evaluadas en su pertinencia y conducencia y desechadas, no produce nulidad del proceso por violación al derecho de defensa. Es evidente que el examen de doble instancia sobre la producción de la prueba permite afirmar que no cabe la nulidad del proceso, como aspecto que viole el derecho de defensa, que como él debe estar enmarcado en reglas previas de procedimiento que permiten el examen de ordenación previa de la prueba".

Sostiene también la Delegada que en el presente caso no se da la nulidad por violación al derecho de defensa, ya que las pruebas denegadas no eran útiles, constituyendo sólo una parte de los mecanismos defensivos, como lo señalara el recurrente, existiendo otros medios que permitían ejercer plenamente su derecho defensivo como efectivamente se ejercitó. Por otro aspecto, no podría dejarse de lado lo relacionado con la falsedad documental, "por medio de la cual se fingió que se otorgaba autorización al representante legal para vender los activos sociales y pagar los pasivos de la persona jurídica. Es evidente que si así se demostró se debe aceptar que no había autorización ni de la junta de socios -pues estaban muertos- ni de los herederos de los mismos (con los cuales se puede continuar la sociedad limitada), ni estatutaria, para que la señora sentenciada pudiera colocar en venta la sociedad, y ni siquiera era legítima su condición de liquidadora de la sociedad conferida supuestamente por los socios fallecidos. Más aún la sociedad ya no existía porque no había pluralidad de socios, y ni siquiera estaba vivo uno solo de ellos una vez murió el esposo de la procesada. De lo cual, quiere decir la Delegada, se deduce que no era legal la designación de liquidadora de la sociedad, ni tenía autorización legal para vender los activos sociales, ni de disponer de ellos, ni siquiera de pagar los supuestos pasivos a terceros que según su afirmación correspondían a la sociedad no obstante que figuraban a nombre personal de uno de los socios, pues toda la fuente de esos actos constituye un delito de falsedad documental ante la ausencia de los socios por la muerte de ellos.

"De manera que, atendidas las pruebas por el sentenciador desde este punto de vista (el origen de los actos de venta de los pagos de pasivos a terceros, y la condición misma de liquidadora) está claro, para la Delegada, que la procesada, aceptando que era la administradora de los bienes sociales como subgerente, actuó con *animus domini* respecto de haberes sociales de los cuales no tenía facultad de disposición, pues se carecía de la autorización correspondiente.

"En punto de las personas que administran bienes ajenos -como la procesada- el sistema jurídico establece un marco de facultades que no puede ser rebasado so pena de que la actuación devenga en acto de arbitrio personal, y si esa actuación consiste en disponer de los bienes como le plazca al administrador (pagando real o ficticiamente pasivos cuya condición no es claramente social), se dirá que se 'apropió' de los bienes en administración, que no le han sido conferidos a título traslativo de dominio. Es decir que se comportó con señorío respecto de lo que no le pertenecía en modo alguno, y de lo cual no tenía facultad para disponer *animus domini* .".

Complementariamente observa que el censor omitió precisar qué actuación procesal consideraba lesiva, ni especificó la norma violada y menos la precisa manera como la violación incidió desfavorablemente en contra del acusado; siendo todo ello suficiente para predicar que el cargo no sería acogido.

Refiriéndose en seguida al cargo segundo de la demanda, el Procurador destaca su falta de fundamento, ya que a contrario de lo sostenido por el censor respecto a que la prueba de inspección judicial no fue tenida en cuenta por los falladores, se observa que ella fue analizada tanto en primera como en segunda instancia -folios 149 del cuaderno original número 2 y 183 del Cuaderno del Tribunal-, agregando que ni siquiera esta prueba fue determinante dentro de la decisión impugnada dado que el juzgador consideró con

ella otras más que obraban dentro del proceso, como bien se ve en la sentencia y lo destaca la misma Delegada al examinar el origen ilícito de la condición de liquidadora de la procesada, y de sus autorizaciones para vender activos y cancelar pasivos supuestamente sociales, porque dichas facultades surgían precisamente de unos documentos espurios.

Consideraciones de la Corte

Por ajustarse tanto a la realidad contenida en el proceso, como a los parámetros de ley, compartirá la Sala las apreciaciones críticas que el señor Procurador Delegado en lo Penal le hace a la demanda como su criterio encaminado a la desestimación de las pretensiones en ella contenidas, siendo de precisar aún cuanto a continuación se anota:

1. En relación con el cargo inicial en que la demanda invoca la nulidad de la actuación conviene resaltar que el recurrente nada objeta al cargo por el delito de falsedad en documentos, y que al centrar su censura condensa fundamentos distintos dentro de la misma y única alegación, porque de una parte aduce que las pruebas pedidas no le fueron decretadas, como insiste en que otras aportadas no se consideraron como correspondía, confundiendo en esa doble presentación aspectos relacionados con las causales tercera y primera de casación lo que torna impropio y confuso, cuando no contradictorio el planteamiento.

En el primer aspecto el censor afirma que a la defensa interesaba demostrar que la señora viuda de Cossio no se apropió los dineros de los sucesores de Fredy Feón Cossio Machado, sino que simplemente los empleó en la cancelación de deudas adquiridas por la firma Mecoplast Ltda., pero que el funcionario judicial con su denegación impuso a la aportación de documentos dentro de la diligencia de audiencia.

La premisa así construida encierra ya de por sí una contradicción, pero al mismo tiempo se enfrenta a la verdad que fluye del proceso, pues no resulta admisible negar y afirmar al mismo tiempo que se desconocieron las oportunidades de probar pero que en todo caso se aportaron los medios de convicción requeridos, ni pretender la prosperidad de un cargo en casación con un distanciamiento franco de la realidad contenida en el plenario.

Si de manera irregular se restringió la oportunidad de aportar o de controvertir la prueba, era carga del actor entrar a demostrar cuáles fueron los medios marginados y en qué consistió la ilegalidad de su rechazo, como también imperioso acreditar la trascendencia de esas pruebas omitidas dentro del proceso para beneficio del derechohabiente lastimado.

Desentendido de esta obligación, el demandante se consoló con radicar su afirmación sin entrar a demostrarla, pero ni siquiera reparar en que el auto denegatorio de primera instancia fue revocado por el Tribunal, y como consecuencia incorporadas al proceso varias de las pruebas originalmente rechazadas, entre ellas la declaración de John Dyner Rezonzew, representante de la firma Jumis Limitada, adquirente de la Mecoplast, el testimonio del contador Juan Guillermo Pérez, la inspección judicial de folios 93 a 98 y la ampliación de la indagatoria de la acusada.

Y si a estos resultados se suma la oportunidad otorgada a la defensa para que todavía concurriera a la audiencia con el aporte de otra prueba documental según el propio actor

lo reconoce, en descubierto queda que las razones aducidas como soporte de la nulidad pedida no existieron, porque tanto se concedió al solicitante la clara oportunidad de recurrir, como se ve que su impugnación obtuvo una parcial pero importante acogida, y que ante todo se concedió oportunidad para la introducción de prueba de descargo, en cuyo aporte ilimite no es donde radica la garantía constitucional y legal sobre la cual se alega, pues dentro de las reglas de eficacia del procedimiento, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal facultaba al juez para el rechazo de las pruebas inconducentes, ilegales, ineficaces, importunentes o superfluas, motivos sobre los cuales reposó el rechazo judicial, sin que el censor hubiese acreditado exceso o abuso capaz de vulnerar el derecho de defensa.

Sumada a la deficiencia de la formulación del cargo, y de añadido su falta de sustentación, insistirá la Corte en criticar la defectuosa alegación conjunta de motivos que, lejos de constituir causal de nulidad, de haberse dado, apuntarían más bien a un posible error de hecho por falso juicio de existencia, pues a tal vicio conduce la desestimación del juzgador de la prueba legalmente aportada al proceso, o como textualmente lo anota la demanda, el desconocimiento de "los valores contenidos en los documentos privados", aspecto sobre el cual decrece una vez más la atendibilidad de la demanda, porque si tales elementos de prueba no fueron considerados en el fallo, ello no obedeció a inadvertencia ni al capricho del juez sino al cumplimiento de las reglas que obligaban a sopesar tan sólo la prueba válida, legal y oportunamente allegada al proceso, requisitos que no reunían unos documentos privados carentes de autenticidad según lo explican las decisiones de instancia: "la defensa pudo aportar documentos que demostraran fehacientemente el estado financiero de la empresa Mecoplast Ltda. -dice el Juzgado-, los títulos valores en que presuntamente estuvieran respaldados los préstamos así como los documentos que allegó a la audiencia, con la seguridad de que el instructor los hubiera verificado por los medios legales y, en su defecto, este Despacho en la etapa de la causa lo hubiera subsanado, pero en eso hubo negligencia por parte de la defensa al desperdiciar el amplio término de la instrucción y acudir en la etapa de la causa a solicitar pruebas, en su mayoría inconducentes, como se corroboró en la inspección judicial realizada a los libros contables de Jomis, en la que poco se aportó a los autos y sólo avaló los pasivos que esa firma canceló a bancos, a algunas empresas y a Martha Arcila de Cossio, aspectos que ya estaban probados con la indagatoria de la procesada y los testimonios de Alvaro Londoño (folio 384 v.) y Hernán Darío Velásquez Gómez (folio 389) y algunos documentos ya analizados. En el término probatorio de la causa tampoco se allegaron los documentos privados que a última hora se aportaron en la audiencia pública, diligencia en la que no había oportunidad para cumplir con las previsiones del artículo 252 del C. de Procedimiento Civil". (Folio 150 cuaderno número 2).

Y el Tribunal a su turno confirmó

"Dentro de las muchas situaciones planteadas por el señor defensor (folios 157 y ss., ampliada a folios 170 y ss.), y luego de abandonar iniciales y extrañas posiciones como la de que el finado Fredy Cossio no era causante de herencia para la denunciante, dice que no se dio amplia oportunidad para la práctica de las pruebas. Pero no se practicaron por entenderse su improcedencia y porque de verdad eran enteramente superfluas. Pero tras del mucho tiempo que tuvo para allegar unos documentos -tiempo en el que debió de presentarlos si de lealtad se trata-, los presentó en el momento en que no podían ser

controvertidos ni verificados, lo que indudablemente deja sus pretensiones totalmente desguarnecidas, pues son documentos que no cumplen así las exigencias para aceptarse como pruebas, conforme a la ley". (Folios 182/: 83 *ibidem*).

Además de los válidos razonamientos transcritos, debe la Corte recordar que existen medios de prueba que la ley regula de manera expresa, v. gr., la obligación que tienen los comerciantes de llevar libros de contabilidad artículo 19.3, 48 y 68 del Código de Comercio, en concordancia con el Decreto 624 de 1989 artículos 654 y 655 del Estatuto Tributario, y la de los liquidadores de las sociedades de presentar estados de la liquidación, un informe razonado, un balance general y un inventario detallado, artículos 225 y siguientes del Código de Comercio; requisitos a los que en su calidad de comerciantes y empresa en liquidación estaban obligados a aportar al proceso, para por ese medio demostrar el estado real de los activos y pasivos, lo cual dejaron de cumplir y por lo tanto los falladores no podían tener en cuenta algo diferente a lo apreciado en la sentencia. No acertó el censor en el planteamiento del error, ni demostró que de estos defectos se tratara, razones suficientes para que el cargo propuesto no prospere.

2. En cuanto al cargo subsidiario, propuesto por la vía de la violación indirecta porque en el parecer del libelista la inspección a los libros de la firma Jomis Ltda. no fue tenida en cuenta por los falladores, llevándolos a predicar que hubo indebida apropiación de los dineros de los sucesores de Fredy León Cossio por parte de la procesada, lo que sería desvirtuado con hacer el balance contable de los activos y pasivos de la sociedad Metroplast Ltda., como tuvo oportunidad de mencionarse en el punto anterior, los falladores sí consideraron la prueba extrañada por el casacionista y expusieron con claridad que ella no permitía una demostración fehaciente de lo afirmado por la acusada, por cuanto arrojaba serias dudas respecto al correcto manejo de los libros y comprobantes de contabilidad que le fueron exhibidos en la inspección, a tal punto que en el fallo de primera instancia confirmado por el Tribunal se ordenó compulsar copias a la Administración de Impuestos Nacionales para que se investigara la posible evasión de impuestos por parte de la empresa Jomis Ltda. De otra parte, al analizar la cuantía de los perjuicios, el *ad quem* volvió a referirse a la ya dicha diligencia en los términos que siguen:

"En cuanto a la cuantía, como bien lo ha puntualizado el *a quo*, pese a que diversas circunstancias de muy lógica manera conducen a pensar que fue mayor a la declarada, sin embargo, el respeto a las evidencias que reclaman naturalmente su propio acatamiento y significado no permiten tomar en cuenta sino lo que en el perseguimiento probatorio y muy especialmente en las diligencias de inspección judicial (folios 93 y 96) acreditó el señor Juez. Por ello se procede, entonces, y ahí también la razón para derivar el pago de perjuicio en tal cuantía".

Tampoco puede la Sala dejar de referirse al ilícito de falsedad que permitió la consumación de la apropiación indebida por parte de la acusada, para, además de acoger lo que sobre el particular señala el Procurador, resaltar la siguiente apreciación contundente hecha por el Tribunal, cuyos términos relevan la necesidad de emitir cualquier otro comentario.

"En tales condiciones, la presencia de las figuras delictivas y de la responsabilidad de la acusada no soporta duda alguna. Reitérase que la falsedad no tenía otra razón de ser que lograr la fácil disposición y la escondida maniobra de la venta de lo que en buena

parte no era suyo; pero, además, que la venta no fue para disponer el pago de deudas, pues el negocio fue con ciudadanos judíos y éstos bien sabían lo que hacían. No era propiamente comprar una empresa quebrada y desprestigiada sino algo que sirviera a sus apetencias y ahí la razón para que al efectuar el negocio una parte del pago fuera reservado para el cubrimiento de pasivo que en forma alguna fue del talante y tamaño del que pinta mentirosamente la acusada.

Los delitos indudablemente se estructuran desde el instante en que con ánimo de apropiarse de todo cumplió los actos pertinentes al efecto. Por tanto, desde el momento de la liquidación, con el subterfugio de la falsedad, pueden considerarse consumados, sin que haya necesidad de la venta, porque ella hacía tal sobre lo que ya se había apropiado. Vale decir que la venta no fue sino una demostración más de su enterpecido actuar".

Tampoco este segundo cargo puede 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 impugnada por el defensor de la acusada Martha María Arcila de Cossio.

Cópiese, devuélvase al tribunal de origen 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., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / *IN DUBIO PRO REO* / INIMPUTABILIDAD

Sabido es que en casación las dos formas de violación de la ley sustancial que consagra la causal primera imposibilitan su presentación conjunta, pues tratándose de la violación directa el debate se centra con exclusividad en el aspecto jurídico sin objetar en lo mas mínimo las situaciones fácticas y probatoria, en tanto que en la violación indirecta la discusión radica en el estudio de los medios de convicción sea porque el juzgador omitió la consideración de una prueba existente, distorsionó otras en su contenido objetivo o aun adujo en el fallo una que no hacía parte del plenario -errores de hecho-, bien porque toleró la aducción de medios de contradicción con las normas que regían su decreto o aporte, o las valoró, siendo legales, con claro distanciamiento de las reglas de la sana crítica -errores de derecho-./ Con todo y ello ser así, tampoco resultaría acertada la desestimación apriorística y frontal de una demanda que intentase el ataque por la vía directa, bajo la sola excusa de contener alguna alusión marginal o general a los medios probatorios, pues la contradicción no radica en que se traiga cualquier remembranza de los medios, sino en el imposible lógico de atender planteamientos antagónicos o excluyentes, lo que sucede cuando se alega sobre la exclusión directa de un precepto, la aplicación de otro que no corresponde o el equivocado alcance de aquel que debe resolver el caso de modo diferente del contenido en la sentencia, pero al tiempo se discuten los hechos o las pruebas sobre las cuales éstos se concluyen, pues en casos tales se plantea una disyuntiva que, por no haber definido el censor en su momento, deja a la Corte en imposibilidad de dirimir, restringida como se halla a los términos exactos en que reciba la demanda, que por principio de limitación no podrá entrar a modificar, corregir ni seleccionar a su criterio. / La violación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 247) no siempre implica su proposición en casación por una misma vía porque aceptando que se trata de un precepto garantista cuya proyección de favorabilidad para el procesado le da el carácter de norma sustancial. Bien puede resultar directamente desconocido cuando pese el reconocimiento de las dudas insuperables y esenciales el juzgador le niega sus efectos, caso en el cual debe invocarse la violación directa; o bien a causa de errores de hecho o de derecho y de manera indirecta desconocida aquella garantía centrándose el debate en la prueba, sea porque en razón de falsos juicios de existencia o de identidad, ora de legalidad o convicción, la sentencia desconoció esa realidad que la llevaba a admitir y connotar la duda. / El estado de alicoramiento por sí solo no inhibe la capacidad de entendimiento y determinación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8030.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 109. Noviembre 2ª de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado Jorge Ernesto Orejuela Cabezas en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 31 de julio de 1992, mediante la cual se impartió confirmación, excepto en lo referente a la indemnización en concreto de los perjuicios causados, al fallo de condena que por el delito de homicidio produjo en la primera instancia el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad.

Hechos y Actuación Procesal

1. A las seis de la mañana del 21 de enero de 1990 concurrió el acusado Jorge Ernesto Orejuela Cabezas a la residencia de la carrera 113 número 20-39, barrio Obrero, de la ciudad de Cali, en busca de su amigo Jair, siendo atendido por el propietario del inmueble, Bernardo Solórzano Vásquez, quien se ofreció a llamar al residente sin lograr que atendiera la visita. Orejuela insistió en que se lo dejara ingresar hasta la pieza de su amigo; pero como Solórzano se opuso, surgió entre los dos una discusión que concluyó el recién llegado accionando un arma de fuego desde la ventana de la vivienda, haciendo impacto en el dueño de casa, a quien le ocasionó la muerte.

2. El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal con sede en Cali abrió la correspondiente investigación, vinculando al imputado mediante declaración de ausencia y profiriendo a la clausura del ciclo instructivo el interlocutorio del 27 de marzo de 1991, en el que le decreta resolución de acusación bajo el cargo de homicidio.

La etapa del juicio le correspondió por reparto al Juzgado Octavo Superior de Cali, que al término de la vista pública profirió el fallo de condena imponiendo al acusado la pena principal de diez años de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas con la misma duración y la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Recurrida que fue esta decisión, mereció por parte del Tribunal Superior su ratificación con la sola variación consistente en la revocación del deber de resarcir perjuicios en suma determinada, fallo que resulta ahora objeto de la presente impugnación.

La Demanda

Invocando la causal primera de casación contemplada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, encuentra la recurrente que el fallo resulta violatorio de la ley

sustancial por errónea apreciación de los testimonios rendidos por Elizabeth Solórzano de Bonilla y Argemiro Bonilla Garzón, añadiendo que con esa decisión se violan de modo directo los artículos 36, 37 y 329 del Código Penal y 445 del Código de Procedimiento Penal; además, la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal, puesto que los aludidos testimonios solamente señalaban al procesado como autor material del disparo, pero nunca acreditaban el dolo homicida con el que se afirma realizó la acción.

Si en el delito concurren la fuerza física y la psíquica, y de ellas se desprende el resultado externo que permite deducir las operaciones mentales que en este caso traducen en el designio homicida, era necesario indagar por la intención que el sujeto agente tenía al momento de ejecutar el acto, lo que imponía la necesidad de mirar otras circunstancias tales como el conocimiento que entre el occiso y el procesado existía desde hacía mucho tiempo, de acuerdo con lo narrado por la hija del primero; el avanzado estado de embriaguez en que se encontraba el acusado y su exclusivo deseo de reunirse con su amigo Jair para continuar dedicados a la ingestión de licores, hechos que en sentir de la casacionista descartaban o ponían en duda el propósito homicida, permitiendo ver como clara alternativa una responsabilidad culposa.

El escrito termina procurando fijar el concepto de aplicación indebida de la ley sustancial en los términos que siguen:

"La sentencia debatida es violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 323 del C. Penal, puesto que, no habiéndose probado el dolo, quedó convertido el homicidio en culposo, y por tanto era de obligado cumplimiento aplicar el artículo 329 del Código Penal.

"Las anteriores consideraciones bastan para concluir que el cargo propuesto en esta demanda de casación tiene la fuerza demostrativa suficiente para aceptar probada la primera causal de casación del artículo 220 del C. de P., pues la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial penal por infracción directa e indebida aplicación de sus normas.

La petición consecutiva impetra que al invalidar el fallo impugnado, en su lugar profiera la Corte el que más se ajuste a derecho.

Concepto de la Procuraduría

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda contiene proposiciones contradictorias, que la hacen claramente imprósperа, pues pese a que invoca como fundamento del recurso una transgresión de la ley sustancial por error en la apreciación de los testimonios de Elizabeth Solórzano de Bonilla y Argemiro Bonilla, con lo que hace referencia a una violación indirecta, luego sostiene que se violaron de modo directo los artículos 36, 37 y 329 del Código Penal y 445 del Código de Procedimiento Penal, de donde resulta una inconciliable oposición.

Cuando de la vía directa se trata -recuerda el Procurador-, la obligación que tiene el recurrente es la de aceptar los hechos y las pruebas de la misma forma como fueron apreciados por el juzgador en la sentencia, ya que el debate en esas circunstancias se concreta y restringe en estricto derecho, de modo que "la única verdad radica en que la impugnante, luego de presentar un enfoque netamente psicobiológico, centra su

atención en el hecho de plasmar que la condena por homicidio a título de dolo se produjo por no haber sido analizadas ciertas circunstancias a su acomodo, las que ponían en duda la forma de culpabilidad atribuida por el juzgador, para terminar afirmando que esas mismas circunstancias -conocimiento de la víctima y el procesado, embriaguez del procesado, búsqueda de un amigo- descartan la actitud dolosa emergiendo con claridad la conducta culposa.

Es decir, que de esta manera la recurrente no sólo incursiona por el sendero de la prueba sin precisar, empero, los presuntos vicios de apreciación que avalarían sus conclusiones, sino que la controvierte imponiendo su personal postura acerca de la forma como según ella han debido analizarse las circunstancias consignadas. Para que no quepa la menor duda de que la actora en su avidez de demostrar el cargo -tarea fallida- invadió el contenido fáctico del proceso tratando de dar cimiento a su alegación, es necesario transcribir los siguientes apartes de los fallos donde lúcidamente se percibe que la realidad del asunto descansa en la discrepancia de la defensa con los soportes del fallador, quien incluso sustrajo como resultado del análisis la agravante que le fuera endilgada al procesado".

Para corroborar esta apreciación, se transcriben a continuación apartes del fallo de primera instancia, las consideraciones del *ad quem* y las objeciones críticas de la defensora a sustentar la apelación de la sentencia, concluyendo que "el planteamiento de la atacante a más de ser antitécnico avasalla principios generales del derecho penal general, dado que ubica la responsabilidad penal como atribuible por residuo o sustracción de materia de la culpabilidad, cuando lo único jurídico es que para calificar de culposa una conducta requiérese la prueba de cualquiera de sus generadores -imprudencia, impericia, negligencia-, tesis ésta rechazada por el Juzgador como se señalara atrás...

"...Lo ofrecido por la impugnante no va más allá de la elaboración de una personal concepción de cómo han debido analizarse unas circunstancias -contrariando la técnica y la lógica jurídica- pero de modo alguno, orientada a concretar evidencia los errores del sentenciador, dentro de los linderos de la causal invocada".

Otra incorrección más destaca la Delegada en la demanda al plantear el desconocimiento del *in dubio pro reo*, porque de haber sido ésa la pretensión de la censora, su deber era el de formular el cargo por la vía indirecta a través de los errores de hecho o de derecho, imprecisiones que llevan a sugerirle a la Corte se abstenga de casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

Sabido es que en casación las dos formas de violación de la ley sustancial que consagra la causal primera imposibilitan su presentación conjunta, pues tratándose de la violación directa el debate se centra con exclusividad en el aspecto jurídico sin objetar en lo más mínimo las situaciones fáctica y probatoria, en tanto que en la violación indirecta la discusión radica en el estudio de los medios de convicción sea porque el juzgador omitió la consideración de una prueba existente, distorsionó otras en su contenido objetivo o aun adujo en el fallo una que no hacía parte del plenario -errores de hecho-, bien porque toleró la aducción de medios en contradicción con las normas que regían su decreto o

aporte, o las valoró, siendo legales, con claro distanciamiento de las reglas de la sana crítica -errores de derecho-.

Con todo y ser ello así, tampoco resultaría acertada la desestimación aprioristica y frontal de una demanda que intentase el ataque por la vía directa, bajo la sola excusa de contener alguna alusión marginal o general a los medios probatorios, pues la contradicción no radica en que se traiga cualquier remembranza de los medios, sino en el imposible lógico de atender planteamientos antagónicos o excluyentes, lo que sucede cuando se alega sobre la exclusión directa de un precepto, la aplicación de otro que no corresponde o el equivocado alcance de aquel que debe resolver el caso de modo diferente del contenido en la sentencia pero al tiempo se discuten los hechos o las pruebas sobre los cuales éstos se concluyen, pues en casos tales se plantea un disyuntiva que por no haber definido el censor en su momento deja a la Corte en la imposibilidad de dirimir, restringida como se halla a los términos exactos en que recibe la demanda, que por principio de limitación no podrá entrar a modificar, corregir ni seleccionar a su criterio.

Para el caso que se controvierte, tiene razón la Delegada cuando acusa las contradicciones del libelo y a ellas condiciona su fracaso, pues según se enunció en la presentación que se hiciera del escrito, pese a la invocación clara y repetida de la violación directa por indebida aplicación de los artículos 223 y 36 del Código Penal, la referencia a los medios probatorios no resulta meramente accidental o retórica sino definitiva, dado que como complemento de su acusación la censora hace invocación del artículo 445 del vigente Código de Procedimiento Penal, "que ordena que 'en las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del sindicado' ", alusión que evidencia por entero la confusión de su pensamiento reflejada en el libelo.

En efecto y como con reiteración lo viene sosteniendo esta Sala, la violación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 247) no siempre implica su proposición en casación por una misma vía, porque aceptando que se trata de un precepto garantista cuya proyección de favorabilidad para el procesado le da el carácter de norma sustancial, bien puede resultar directamente desconocido cuando pese al reconocimiento de las dudas insuperables y esenciales el juzgador le niega sus efectos, caso en el cual ha de invocarse la violación directa; o bien a causa de errores de hecho o de derecho y de manera indirecta desconocida aquella garantía contrándose el debate en la prueba, sea porque en razón de falsos juicios de existencia o de identidad, ora de legalidad o convicción, la sentencia desconoció esa realidad que la llevaba a admitir y connotar la duda.

De regreso al asunto del debate, tiénese que si a juicio de la casacionista según se plantea en su enunciado, se dio el caso de una violación directa, debía haber reconocido el juzgador que la duda campeaba en el plenario sobre la actividad dolosa de Jorge Ernesto Orejuela, en cuyo caso la rectificación que ahora le correspondería a la Corte consistiría en darle plena vigencia al artículo 445 invocado, sentando, para favor del acusado, las consecuencias que se le pregonan.

Bajo esta óptica tendría que reconocerse obviamente de las pretensiones su fracaso, pues de la revisión de los fallos de primera y de segunda instancias se desprende que para los juzgadores jamas medió hesitación referente a la culpabilidad dolosa de Orejuela Cabezas, y así expresamente lo sentaron en los apartes que subsiguen:

"Sinceramente considera el Juzgado que el disparo fue producto del estado de alicoramiento y de disgusto que tenía en ese momento el procesado Jorge Ernesto Orejuela, en primer lugar porque el señor Jair Echeverry no salía a recibirlo y en segundo lugar porque el señor Bernardo Solórzano no lo dejaba entrar. El despacho en diligencia de inspección judicial pudo apreciar la alcoba en donde recibió el disparo el señor Bernardo y así como fue él, pudo haberlo recibido Elizabeth o Argemiro, pues la distancia entre uno y otro era mínima, si bien Jorge Ernesto Orejuela es el único responsable de accionar el disparo que acabó con la vida del señor Bernardo Solórzano, también lo es que con él no tenía ningún problema, sólo fue un disgusto, es por lo anterior que estimamos que nos encontramos ante un caso de homicidio simple y no ante uno agravado por la indefensión de la víctima" (folios 225/226).

Complementando este criterio, el Tribunal alianzó las siguientes conclusiones alusivas a la tonalidad intencional del acusado (folio 247):

"La existencia única de los testigos anteriormente mencionados quienes presenciaron el acontecer especialmente en su desenlace final, suministran a la justicia elementos serios de credibilidad, de convicción y de certeza en torno a la autoría del hecho en cabeza del justiciado Jorge Ernesto Orejuela Cabezas, es un aspecto que la misma defensa corrige aceptando finalmente, pero modificando o trasladando la acción antijurídica al campo de la culpa, argumento éste que la Sala encuentra absolutamente insostenible conforme lo registra el cúmulo probatorio donde quedó establecido a entera plenitud que el procesado Jorge Ernesto Orejuela Cabezas disparó su arma de fuego contra el señor Solórzano Vásquez con la absoluta conciencia de su realización, con plena voluntad dirigida a suprimir su vida, pues así lo dio a conocer al testigo Bonilla cuando le dijo que 'ese señor que estaba allí que se me estaba rebotando que si quería que lo matara...' y en el instante se escuchó el disparo. Actuando de tal manera asumió para sí las consecuencias de su comportamiento impetuoso e iracundo como lo reconoce la defensa al señalar en el transcurso del proceso:

" 'Acepto que mi defendido accionó del arma... hago notar las condiciones en que se encontraba Jorge Ernesto, pues no quiero se olvide que estaba tomando y por ello era que se mostraba perezoso, belicoso, intransigente, hablador, irascible y por fanfarronería disparara... y tuvo la mala suerte de que como disparó a la loca, el proyectil se haya ido a incrustar en la humanidad del señor Bernardo Solórzano Vásquez' (folios 197 y ss.)".

Siendo evidente la falta de soporte para un cargo de tal naturaleza, bien se comprende la dificultad que la libelista acusa para su planteamiento bajo el enunciado de la violación directa, motivación que erradamente la lleva a aducir que el defecto se dio más bien porque el sentenciador no detectó circunstancias ampliamente demostradas y en particular el alicoramiento del acusado como sus relaciones de amistad anteriores con la víctima que llevan a cuestionar aún la presencia del móvil homicida.

Incurriendo con ello en las contradicciones que se han dejado en descubierto por pretender el desarrollo de un cargo de violación directa mediante razonamientos propios de la violación indirecta, con el agregado de no precisar siquiera dentro de esta última hipótesis la naturaleza del error, ni ocuparse de su análisis y prueba, la suerte del libelo se torna todavía más difícil por el marginamiento que presenta frente al texto de la sentencia impugnada (integrada con la de primer grado cuyos razonamientos acoge y

confirma), porque jamás desestimó el fallador ni la dedicación precedente del acusado al consumo de las bebidas embriagantes, ni las razones que originalmente lo llevaron a casa de su amigo Jair, aspectos resaltados por los testigos Solórzano y Bonilla, que en conjunto se analizaron como correspondía con otros evidentes y de surgimiento más inmediato a la tragedia, pues no se ignora en la sentencia que el ánimo de Orejuela se transformó precisamente en la puerta de la casa del occiso y ante la negativa de Solórzano para franquearle la entrada, situación que devela el verdadero estado emotivo sobreviniente en el autor de la agresión y su determinación a la venganza desproporcionada mediante la utilización del arma de fuego empleada en el ataque.

Otros defectos en la apreciación conceptual se alinean con los anteriores, suficientes ya para derivar hacia la desestimación de la demanda, que resultan en imposible subestimación para la Sala.

Dice el libelo que como la conducta de Orejuela Cabezas no correspondía a la de un homicidio doloso, debió acoger el Tribunal y en su defecto deberá hacerlo la Corte, la hipótesis del artículo 329 del Código Penal, valga decir, la de un homicidio por culpa.

Independientemente del ámbito dentro del cual pretendiera en últimas localizarse la actora, si en la violación directa o la indirecta, lo primero que se nota de menos en su argumentación es la demostración de la presencia de la culpa, porque para variar la adecuación de la conducta dentro del ámbito de la culpabilidad, no bastaba tan sólo acreditar la ausencia de intención consciente del autor, siéndole necesario entrar a acreditar que era otra la modalidad presente, y en concreto la invocada de la culpa.

Sobre este aspecto ningún esfuerzo muestra la demanda por acreditar si siendo el resultado previsible, el error de conducta del acusado se dio al no precaver la posibilidad del daño que desencadenaría su acción, o si más bien previéndolo confió con imprudencia en evitarlo, sin que para definir hacia uno u otro aspecto sea suficiente enfatizar que el acusado actuó bajo un estado de alicoramiento, pues éste por sí solo no inhibe la capacidad de entendimiento y determinación y de haber tenido incidencia, jamás se entró a demostrarla.

Al no haber superado este escollo, la alegación parecería indicar que cuando no se prueba el dolo, la reprochabilidad de la conducta permitiría inferir la culpa, hipótesis por completo extraña al ordenamiento penal vigente según el cual el dolo, la culpa o la preterintención deben estar expresa y claramente demostrados para habilitar su imputación, y que por exótica lleva a la Delegada a censurar el planteamiento de incomprensión, pues si tal era el pensamiento de la actora debió "señalar qué norma de tipo sustancial exige que no probado el dolo deba pasarse a establecer responsabilidad por culpa, lo que es equivalente a concluir que del argumento de la censora no se establece cuál es la fuente legal de la fórmula proteica de culpabilidad que aduce como correcta y a la que ha debido acudirse en la sentencia; lógico, tal precepto no existe".

Los expuestos defectos de técnica y de fondo que contiene la demanda y que se han dejado en descubierto llevan indefectiblemente a su fracaso. El cargo no prospera.

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 la defensora del acusado Jorge Ernesto Orejuela Cubezas.

Cópiese, 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., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

ANTIJURICIDAD / FALSEDAD DOCUMENTAL

Es lo cierto que orientándose el reclamo hacia el aspecto de la antijuricidad de la conducta para pregonar con apoyo en el artículo 4º del Código Penal este aspecto del delito como concepto ínsito del tipo y de todo tipo penal, que no puede concebirse carente de la noción de antijuricidad, y en relación con la cual puede acaecer una errada interpretación con incidencia en la tipificación o en la punibilidad. / Cierto es que nuestro Código Penal en su título VI dice tutelar la fe pública para luego relacionar en capítulos separados las distintas formas de violación de ese bien; pero de igual manera, también lo es que ni la jurisprudencia -ni la doctrina- consideran hoy por hoy que sea sólo ese abstracto ideal el que el Estado pretenda proteger, sin anclaje en las realidades concretas del devenir humano, pues ello no sería más que desconocer las interrelaciones de ese bien con la actividad documentaria, esto es, la inobservancia del principio de la antijuricidad como medida de la dañosidad de la conducta. / En materia de falsedad documental, ciertamente lo que se considera en nuestro sistema es que la afectación real o potencial del bien jurídico de la fe pública esté en obligada relación con el tráfico jurídico propio que en un momento sea dado al documento de acuerdo con su naturaleza, objetivo, valor y capacidad probatorios. / En materia de documentos públicos la legislación del país -que al igual que para los documentos privados exige que el documento falseado "pueda servir de prueba"-, no requiere expresamente el daño como condición de la configuración delictiva, sino que deja su inferencia al caso concreto y a los principios basilares de la teoría del delito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8128. Casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 110.

Santafé de Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 1993.

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por el defensor del coprocesado Eduardo Pinzón Heredia contra la sentencia emitida el 6 de agosto de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la cual se lo condena como coautor

responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, a la pena principal de 16 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período; se le concede el sustituto de la ejecución condicional y se adoptan otras determinaciones pertinentes al caso.

En la misma providencia se condena a Alexánder Cetina Valderrama a las penas de prisión de 28 meses y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo, por el mismo delito.

Hechos y Actuación Procesal

Eduardo Pinzón Heredia, empleado con más de 14 años de experiencia en la rama jurisdiccional, siendo Secretario grado 10 del Juzgado Laboral del Circuito de Ibagué, presentó ante la Oficina Seccional de la Carrera Judicial, en 1986, cuando de inscribirse a ésta se trataba, para acreditar dos años de estudios secundarios -1° y 2° de Bachillerato- dos certificados aparentemente expedidos por el rector y la secretaria de un colegio oficial, el Departamental Leónidas Rubio Villegas de la misma ciudad, documentos que resultaron ser falsos, pues el mencionado empleado jamás había estudiado en ese centro educativo, los cuales según se supo por manifestación del propio implicado le fueron suministrados, previa remuneración, por Alexánder Cetina Valderrama.

Procesalmente fueron vinculados mediante indagatoria por el Juzgado 4° de Instrucción Criminal de Ibagué los mencionados Pinzón Heredia y Cetina Valderrama, a quienes en primera instancia se les dictó resolución acusatoria imputándoles, en su orden, los delitos de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso (artículos 220 y 222 inciso segundo), y falsedad material de particular en documento público, pero esta calificación fue parcialmente modificada por el Tribunal cuando la conoció en apelación, al considerar la Corporación que "al no ser indispensable" para la inscripción de Pinzón en la carrera judicial acreditar los años de estudio de que daban cuenta los certificados falsos por razón del tiempo de servicio que había demostrado, el uso que de los espurios documentos hizo fue inocuo, por lo que ambos quedaron comprometidos en juicio por el mismo hecho punible sin la referida agravación.

Celebrada la audiencia pública al término de la etapa de la causa, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué emitió sentencia de condena pese a los arduos debates de la vista pública por parte de la defensa de ambos acusados en procura de la absolución, imponiéndoles las sanciones antes referidas, en cuya tasación contabilizó para Pinzón Heredia la rebaja de una tercera parte por razón de la confesión -artículo 301 C. de P. P. de 1987-, en fallo que el Tribunal mediante la sentencia que es objeto de este recurso extraordinario confirmó, con la adición de la suspensión de la sentencia por virtud del reconocimiento del subrogado de la ejecución condicional y la advertencia de que este sustituto no debió extenderse a la sanción accesoria, pese a lo cual tal beneficio conferido por el *a quo* no podía ya denegarse por la prohibición de reforma en perjuicio del único recurrente, el procesado (artículo 31 de la Carta, folios 1, 7, 140 y ss., 246, 280-295; 340-366; 427 y ss., 495-521 cd. ppl. 1; cds. Tr.).

La Demanda

El único cargo formulado por el defensor del coprocesado Pinzón Heredia contra el fallo de segunda instancia se fundamenta legalmente en el artículo 220 del C. de P. P.,

y consiste en la errada interpretación que a su juicio el Tribunal realizó del artículo 220 del C. P. que define y sanciona la conducta imputada al mencionado.

Sostiene el censor que el yerro interpretativo de la norma se da en los conceptos de tipicidad y antijuridicidad que el sentenciador aplicó a la conducta juzgada en el caso concreto, y luego de transcribir largos apartes de la sentencia de las instancias concluye que "El fallo acusado combina distintas teorías relacionadas con la fe pública, toma como punto de referencia la concepción alemana de tráfico jurídico conforme a la cual el objeto de tutela penal en los delitos de falsedad documental se integra por la confianza en la veracidad y genuinidad de los documentos y su directa relación con el tráfico jurico (sic), esto es, concretamente en cuanto determinantes de relaciones sociales y de derecho.

"Pero a la vez, expresa fidelidad a la interpretación restrictiva que entiende la fe pública como objeto autónomo de tutela penal en los delitos de falsedad documental" (folio 19 c. C.).

De la sentencia de primer grado destaca el aparte en donde se advierte cómo aunque para su inscripción en la carrera judicial no era determinante la documentación falsa que allegó por razón de las equivalencias por tiempo laborado en la rama jurisdiccional por tratarse la falsedad documental de un delito de peligro, el hecho punible se perfeccionó con la creación de los dichos documentos, porque potencialmente tenían capacidad de dañar "por sí solos", en cuanto podían "servir de prueba, crear o modificar un derecho". A la vez, de la sentencia de segundo grado destaca el texto en donde se estudió si la falsedad de autos fue inocua o no, partiendo de la definición comúnmente conocida de falsedad, para afirmar que "los documentos falsificados por ese simple hecho son espúreos (sic) y atacan la fe pública" cuando ingresan al tráfico jurídico, el cual también define.

Abundando en transcripciones de secuencias del fallo toma aquella en que se considera que "es posible que con el delito tipo de falsedad no se hubiese irrogado daño alguno a persona determinada, pero se atentó contra el bien jurídico de la fe pública", para afirmar el reconocimiento por parte de la Corporación de la carencia absoluta de "relevancia en la relación jurídica a que fueron destinados" y así, negar también su dañosidad incluso potencial en el tráfico jurídico por no ser necesaria su incorporación como requisito de inscripción en la carrera judicial; e infiere del "fluctuante criterio respecto al objeto jurídico de tutela" en que incurre el Tribunal la negación por parte de éste "...de la existencia jurídica y naturalística de falsedades inocuas, esto es, adulteraciones documentales formalmente contrarias a la realidad material (y por ello formalmente típicas) pero carentes de potencialidad lesiva".

Anade que "al escindir las nociones de fe pública y tráfico jurídico se retorna... al superado concepto de fe pública como expresión sentimental... al extremo subjetivismo que entra a valorar la confianza que un grupo social otorga a ciertas formas escritas...".

A continuación se ocupa de "algunas consideraciones en torno al objeto de tutela jurídica en los delitos de falsedad documental y las eventualidades de la falsedad inocua" y desarrolla así su pensamiento el casacionista:

En primer lugar, admite que esta clase de delitos es de los conocidos como de peligro, pese a lo cual se hace imperativo "precisar el bien jurídico tutelado en los tipos penales" para establecer cuándo existe o no potencialidad lesiva de ese bien.

Recuerda que algunos connotados doctrinantes consideran que la "fe pública es el bien jurídico único que debe atenderse para saber si una adulteración documental es o no punible"; mientras que otros se inclinan por considerar que "la fe pública, en sí misma, es una concepción vacía, que adquiere contenido apreciada en estrecha relación con el tráfico jurídico"; y adhiriendo a esta concepción afirma que "...la tutela penal de los documentos se limita a aquellos que cuentan con idoneidad probatoria, procesal o extraprocesal, siendo importante llamar la atención sobre el hecho de que esa idoneidad probatoria debe apreciarse en el contexto al cual va dirigido el documento".

Después de registrar algunas transcripciones doctrinarias y jurisprudenciales que en su opinión avalan tal criterio anota que la fe pública ligada "inescindiblemente con el tráfico jurídico, se aparta del rigorismo formalista que extiende la represión penal a comportamientos irrelevantes, si bien irregulares".

Tras reiterar con distintos términos pero esencialmente idénticos las anteriores reflexiones, partiendo de la titulación que el Código Penal Colombiano incluye como bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad y estimar que no por hablar de "la fe pública" puede interpretarse simplistamente que la cobertura de la tutela se limita a ese concepto, reafirma que ese bien jurídico "es necesariamente plural" porque la falsedad "debe tener la potencialidad de alterar una relación jurídica concreta, afectando de esta manera el tráfico jurídico"; es decir, "la relación jurídica para la cual fue creado".

Añade como "argumento adicional" en apoyo de su tesis que en esta clase de delitos el aspecto subjetivo no recae exclusivamente en la adulteración misma porque nadie falsifica por falsificar, sino que "está dirigido a crear, modificar o extinguir una relación jurídica concreta"; como refuerzo, transcribe cita de connotado doctrinante extranjero asumida en el ámbito nacional por un caracterizado representante del Ministerio Público, después Magistrado de la Corte y hoy fallecido, el doctor Aldana Rozo, según la cual el dolo de la falsedad jamás está en ésta por sí misma, sino que debe probarse.

A continuación expone los distintos eventos de falsedad documental inocua, advirtiendo que la precisión de una falsedad documental no puede hacerse exclusivamente de frente al hecho objetivo de la denominación del título correspondiente en el Código Penal, "sino que en armonía con el artículo 4º del mismo estatuto, es necesario establecer si la adulteración documental tiene potencialidad lesiva respecto a la relación jurídica concreta a la cual va dirigida", pues si no existe dañosidad alguna, "ni siquiera potencial", se torna en una falsedad formal, y por lo mismo inocua y no punible. Advierte que "El fundamento de la inocuidad en la falsedad documental como en los demás delitos de 'peligro' o 'daño potencial' concierne al requisito de la antijuridicidad material consagrado en nuestra legislación por el artículo 4º del Código Penal, aun cuando doctrinaria y jurisprudencialmente es figura de vieja data".

Seguidamente relaciona los diversos modos de la falsedad inocua desde la burda o *grossolane* ; la consistente en "alterar un documento cuando ya el perjuicio se ha ocasionado"; la resultante de "alterar un documento que no tiene potencialidad para afectar bienes distintos de la fe pública", en la cual se detiene para, después de explicarla, registrar cita jurisprudencial de la Corte según la cual "la inmutación de la verdad debe ser causa de la lesión a otro bien jurídico". Pasa luego a la falsedad consistente en "alterar un documento que no tiene incidencia en la modificación de una relación jurídica concreta, alternativa ésta dentro de la cual ubica el caso concreto.

Al respecto afirma que esta falsedad se da "cuando el documento adulterado, aun cuando posea valor probatorio en abstracto, al de ser empleado en la relación concreta para el cual fue creado, no modifica la situación jurídica de la misma. La conducta es inocua, dice, porque aún sin el uso del documento, el mismo resultado se habría producido".

En apoyo de esta posición reproduce aparte jurisprudencial del 8 de noviembre de 1984, que hace suyo, del cual destaca que es necesario que con la alteración de un documento "se haya afectado en la forma que corresponda a cada descripción típica el interés jurídico respectivo; si ello no ocurre, habrá de reconocerse que la falsedad fue inocua y por ende no susceptible de reproche sancionador".

Transfiriendo el alegato al caso en estudio, admite que se "adulteraron materialmente" dos certificados de estudio y se anexaron a la documentación que presentara su patrocinado para ser inscrito en la carrera judicial, esto es, que se realizó una conducta "formalmente típica"; pero advierte que en esa concreta relación jurídica, los certificados de estudio falsificados carecían de relevancia, pues no tenían la capacidad de "crear o modificar" su derecho a ser inscrito por razón de las equivalencias que contemplaba el Decreto 052 de 1987 en su artículo 41, y concluye entonces que el Tribunal se equivocó en la interpretación de la norma tipo, "al asumir que la simple adulteración material tiene carácter punible al margen de la potencialidad lesiva que tenga dentro del tráfico jurídico", y si los tales certificados "no tenían siquiera la posibilidad de alterar la decisión de inscripción... necesariamente debe reconocerse que la adulteración fue inocua".

Como corolario de su exposición solicita la casación, para que mediante fallo sustitutivo se absuelva a su poderdante.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal no prohíja la pretensión del casacionista por considerar que la demanda no sólo presenta vicio de técnica en su formulación, sino porque las apreciaciones en ella contenidas carecen de solidez para desquiciar el fallo de segunda instancia.

En lo técnico, encuentra el Delegado como al aceptar el demandante que la conducta desarrollada por su cliente fue "formalmente típica", está admitiendo la adecuación típica que de ella se hizo en el artículo 220 del C. P. y "ello implica un exacto juicio sobre los hechos y a la vez sobre el alcance del tipo", con lo cual reconoce "que la interpretación y el entendimiento que el Juez ha dado al tipo" es lo correcto, lo mismo respecto del juicio que asumió el comportamiento juzgado, de donde deduce que no hubo errada interpretación del precepto, "pues se admite que la acción real sí corresponde al modelo abstracto de la ley", vale decir que el reclamo está incorrectamente formulado. Considera que esto es así porque el discurso del actor se ocupa "no de la interpretación del texto típico (lo alegado) sino del concepto del bien jurídico agredido con la acción típica, que ciertamente es problema de la antijuridicidad", y aunque el Delegado admite que bien puede darse la errada interpretación de los preceptos relativos a este elemento del delito, "ello no fue lo presentado por el demandante", y tan cierto es el desvío técnico, que termina alegando la inocuidad de la falsedad respecto del bien jurídico protegido "por el sistema de derecho".

En lo intrínseco de la alegación, destaca que el concepto del bien jurídico tutelado en los delitos contra la fe pública ha sido y es de los más controvertidos en la ciencia penal, y de hecho el aplicado en el fallo acusado así lo refleja; y aunque se considere que "sea anticuado, que no consulte las más modernas corrientes de la ciencia en el campo de la falsedad", ciertamente "no resulta fuente de ilegalidad de la sentencia sino objeto de razón divergente en el proceso de análisis dialéctico del bien jurídico que se protege en la falsedad en documentos". Después de desbrozar los puntos de imprecisión teórica en que incurrió en la delimitación del concepto del bien jurídico y concederle en abstracto la razón al censor en sus críticas dialécticas sobre el particular, afirma que "las contradicciones mismas de la decisión no hacen legítima la quebrantación del fallo de las instancias, que se apoyan en la presunción de legalidad y acierto".

Luego de precisar, con apoyo en los debates de la comisión redactora del anteproyecto del C. P. de 1974, la preferencia que se acogió en nuestro medio por el sistema alemán anclado en la protección al bien jurídico de la fe pública y en la intención del sujeto con la advertencia de que esa fe pública como ente abstracto debe relacionarse con el tráfico jurídico, definido allí como "todo lo que crea una relación intersubjetiva entre el individuo y el Estado y entre dos o más individuos, recogida por el derecho", entra a analizar el caso.

Así entonces, la conducta realizada por el acusado consistente en falsificar los certificados de dos años de estudios de bachillerato y presentarlos en fotocopias autenticadas "en aras de obtener su inscripción en la carrera judicial" se configuró plenamente porque aunque "el allegar los certificados falsos no fue el factor determinante en la inscripción", tales documentos "potencialmente producen efectos en el tráfico jurídico: los de probar una preparación académica en el acusado que no se tiene". Se afectó el tráfico jurídico porque "la prueba documental pública que se ha formado *ex novo*, se colocó en el sistema de derecho mediante la presentación a una autoridad pública para efectos legales que dichos documentos prueba estaban destinados a demostrar en el sistema legal de pruebas admitido".

Considera el señor Delegado que al vincularse la falsedad al tráfico jurídico se exige "un doble significado de agresión del comportamiento del autor" cual es, por un lado, que "se afecte el *status* de pruebas en el tráfico" y que, además, la prueba misma falseada "tenga la virtualidad de poner en peligro un interés jurídico distinto que se halla inmerso en el tráfico jurídico mismo", lo que implica que la falsedad comporte siempre un doble perjuicio: "uno actual y real a la legitimidad de la formación de las pruebas, y el otro apenas de peligro respecto de un interés jurídico ulterior pero vinculado directa e inmediatamente al contenido probatorio del objeto falseado", lo que quiere decir que "no es menester que se produzca ese segundo daño de manera efectiva", sino que basta lo ponga en peligro o riesgo. Luego de ejemplificar su opinión puntualiza que "el tráfico jurídico es una referencia objetiva para dar funcionalidad al perjuicio que se genera con la falsificación de las pruebas y que por ende basta la incidencia de la prueba falsa en el tráfico, de modo que amenace un interés concreto para que se tenga la falsedad punible".

Después de precisar que en el caso materia de estudio "se trata de documento público en el que la legislación colombiana considera que la falsedad se completa en el momento en que se produzca la *edicio falsi*", es decir, con la confección del documento público falso, sin que la condicione al empleo o postura dentro del tráfico jurídico, ya que este aspecto es sólo una agravación de la falsificación si el usuario es el mismo

falsificador", el distinguido colaborador cotteja la situación de autos con las anteriores precisiones de su concepto y la encuentra encajada a plenitud en el delito por el cual se condenó. La irrupción de los certificados falsificados en el tráfico jurídico fue ilegítima, y aunque ella no era necesaria para la inscripción del acusado en la carrera judicial, sí puso en peligro "la relación del Estado con el particular en miras a la situación administrativa referida"; y recalca cómo la sola falsificación sin el uso es punible "ya que el uso por el mismo falsario tiene la agravación del artículo 222 del C. P. inciso 2º, será necesario admitir que la falsedad documental pública que sí fue usada en el tráfico -pero que no produjo la inscripción- es con mayor razón punible".

Por consiguiente, considera "los criterios del censor sobre la inocuidad de la falsificación carecen de fundamento", ya que reconoce la conducta falsaria pero afirma que con los documentos o sin ellos se hubiera efectuado la inscripción de autos, pues -dice- en estos casos "la inocuidad se mira frente al documento y no al comportamiento del agente"; y reiterando su posición, se muestra acorde con las reflexiones del tribunal fallador de la segunda instancia acerca del concepto de la inocuidad que en los debates procesales se discutió con ardentía por la defensa con los mismos planteamientos esenciales que configuran la demanda de casación. Finalmente, sugiere la desestimación del cargo.

Consideraciones de la Corte

No comparte la Corte la objeción de carácter técnico que el representante del Ministerio Público formula a la demanda cuando afirma que al reconocer el censor que la conducta del acusado Pinzón Heredia fue "formalmente típica" conlleva la aceptación incondicional de que la adecuación típica fue correcta y que el sentenciador realizó un juicio exacto sobre los hechos y un correcto entendimiento del alcance del tipo penal del artículo 220 del C. P., y que por tanto no podía alegar errada interpretación, pues es lo cierto que orientándose el reclamo hacia el aspecto de la antijuridicidad de la conducta para pregonar con apoyo en el artículo 4º del C. P. -como lo hace al avanzar en el discurso- está cuestionando, con legítimo derecho según su concepción -lo que no implica que le asista la razón- este aspecto del delito como concepto ínsito del tipo y de todo tipo penal, que no puede concebirse carente de la noción de antijuridicidad y en relación con la cual bien puede acaecer una errada interpretación con incidencia en la tipificación o en la punibilidad, como en relación con esta última se alega en el caso presente.

Sin embargo, fuerza es admitir que en cuanto toca con lo sustancial de la demanda, el concepto del señor Procurador se estructura sobre bases firmes y acopia con acierto las razones para la prevalencia del fallo de segunda instancia, que al respecto se decretará.

Conviene, a efecto de puntualizar los supuestos de la discusión, recordar que en el caso materia de estudio el acusado Pinzón Heredia fue exonerado del agravante de uso de documento público falso (artículo 222 inc. segundo) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, cuando al conocer de la resolución acusatoria de primera instancia en que tal imputación se sumaba a la que se le hizo por el hecho punible descrito en el artículo 220 del C. P., y que ello lo hizo en consideración a que para la inscripción de la carrera judicial del mentado procesado no requería acreditar requisitos académicos dada la experiencia laboral en la rama jurisdiccional que exhibía -14 años largos-.

Igualmente conviene recordar que los documentos que el acusado admitió haber hecho confeccionar espuriamente mediante remuneración al coprocesado Cetina Valderrama para acreditar dos años de educación media fueron documentos públicos, pues provenían supuestamente de un colegio oficial.

Ahora bien, la conducta realizada por el acusado usuario consistió, ante todo, en haber suministrado los datos requeridos por el ejecutor material de la falsedad para la confección de los documentos -coautoría del hecho punible descrito en el artículo 220 del C. P.-, y luego en introducir las fotocopias autenticadas de tales documentos con su solicitud de inscripción a la Carrera Judicial, estableciendo de esta manera una relación jurídica relevante entre él como sujeto aspirante a ingresar a la Carrera y esta como ente administrativo oficial autorizado para exigir a todo interesado el cumplimiento de los requisitos del Decreto 052 de 1987-41.

La agravación por este uso jurídico de los documentos (artículo 222 inciso segundo C. P.), como se dijo, le fue imputada en primera instancia pero suprimida por el Tribunal gracias a la consideración que hizo de lo innecesario de ese uso para los efectos administrativos perseguidos por el agente.

Punto esencial a dilucidar en orden a verificar el elemento antijurídico de la conducta como determinante de la punición es el concepto del bien jurídico objeto de tutela en el delito de falsedad documental. Cierto es que nuestro Código Penal en su Título VI dice tutelar la fe pública para luego relacionar en capítulos separados las distintas formas de violación de ese bien; pero de igual manera, también lo es que ni la jurisprudencia -ni la doctrina- consideran hoy por hoy que sea sólo ese abstracto ideal el que el Estado pretenda proteger, sin anclaje en las realidades concretas del devenir humano, pues ello no sería más que desconocer las interrelaciones de ese bien con la actividad documentaria, esto es, la inobservancia del principio de la antijuridicidad como medida de la dañosidad de la conducta.

La credulidad pública, expresión que bien puede resumir a grandes rasgos esa confianza de los asociados "en ciertos objetos, signos y formas exteriores a los cuales el Estado mediante disposiciones de derecho público o privado atribuye un valor probatorio o presenta como auténticos, esto es, como procedentes de la autoridad y ajustados a las disposiciones legales" (La Falsedad Documental. Romero Soto, Luis Enrique, 2ª ed.), a la postre no es más que el derecho de los ciudadanos a "no ser engañados en cuanto a la integridad, permanencia e identidad de ciertas formas externas o signos de autenticación o de procedencia determinadas por la sociedad misma" (ob. cit.) y es lo que en últimas nuestra legislación adopta bajo la abstracción de "Fe Pública" y ha venido manteniendo por ser un concepto ya evolucionado, libre de retórica y que consulta la realidad cotidiana.

Aceptado que para poder hablarse de falsedad documental se requiere no sólo el atropello a la fe pública, sino que es menester que esa vulneración trascienda la abstracción de ese concepto, importa destacar que entre quienes tienen el derecho a no ser engañados a través de la falsedad están los entes públicos, en los cuales se soporta la organización y función del Estado; y para el evento que ocupa la atención de la Sala, la Carrera Judicial, organismo creado para decantar mediante ciertas -y mínimas- limitaciones el personal al servicio de la administración de Justicia, era el sujeto con derecho a no ser engañado.

Al aspirar a ingresar a la Carrera Judicial y presentar documentos para ello el señor Pinzón Heredia -Secretario de un Juzgado Laboral de Ibagué- entró en una típica relación documentaria con el ente, siendo ésta la forma de "tráfico jurídico" apropiado y pertinente para la demostración de su *status* y el reconocimiento que del mismo debía hacer la Carrera.

Si ese "tráfico jurídico" se desintegró con lo innecesario de la exhibición de los documentos falsos, es en el fondo la esencia de la discusión. Los documentos tenían todo el poder de engañar; guardaban apariencia de válidos y de auténticos; el uso que se les imprimió fue jurídico, y estaba encaminado a hacerlos valer como pruebas en directa relación con su contenido. Sucedió así, que a pesar de su presentación a la Carrera Judicial, no se requirieron para la formalización del requisito de estudios que debía llenar el aspirante porque la equivalencia por tiempo de servicio lo colmaba, y entonces éste logró así su inscripción; tal es la situación que refleja la Resolución 582 de 1987 del Tribunal, al ordenarla (folios 48-49 cd. ppl.).

La secuencia de los sucesos marca un rumbo insoslayable a la situación: el aspirante creía que tales documentos eran necesarios para su inscripción a la Carrera, ya porque colmaran requisitos de los cuales carecía, o porque aseguraran de mejor manera su idoneidad laboral, no porque, como en alguno de los alegatos en las instancias dijera uno de sus defensores, quisiera aparentar vanidosamente una preparación académica -de haberlo pensado así no se habría limitado a los dos modestos primeros años de educación media-; vale decir, el tráfico jurídico entre él como aspirante y el ente administrativo se mantuvo, pero bajo el engaño que meses después se estableció cuando la oficina de Carrera Judicial decidió verificar la autenticidad de los documentos allegados.

El perjuicio a la fe pública no admite duda, y tal como se obtuvo la inscripción es evidente que también el derecho a no ser engañada de la Carrera Judicial -que para efectuar la inscripción obedeció el mandato contenido en la Resolución 528 de 1987, del Tribunal (folio 66 cd. ppl. 1)-, recibió perjuicio de la conducta del inescrupuloso empleado, situación que de cara a la concepción del delito de falsedad en nuestro sistema penal denota la dañosidad del comportamiento, la cual trasposo el concepto abstracto de la fe pública y afectó potencialmente el interés particular del ente oficial, cuya confianza reposaba en el valor probatorio de los documentos que le fueron entregados; vale decir, la conducta fue materialmente antijurídica: Puso en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por el Estado. El Tribunal, pues, interpretó correctamente las normas tipo de la falsedad juzgada y descriptiva de la antijuridicidad (artículos 220 y 4° C. P.).

El actor se aferra a la creencia de que no habiéndose requerido los documentos para acreditar requisitos de inscripción, no hubo daño y por lo tanto no es punible el hecho; debe recordarse sin embargo que el delito de falsedad es un delito de peligro y que por consiguiente ese daño puede ser potencial, y en este caso de hecho lo fue así; busca desnaturalizar el tipo delictivo a que el Tribunal redujo la imputación en la resolución acusatoria, olvidando que en materia de falsedad documental, ciertamente, como lo destaca el Procurador, lo que se considera en nuestro sistema es que la afectación real o potencial del bien jurídico de la fe pública esté en obligada relación con el tráfico jurídico propio que en un momento sea dado al documento de acuerdo con su naturaleza, objetivo, valor y capacidad probatorios, y olvida también el casacionista que en materia de documentos públicos la legislación del país -que al igual que para los documentos privados, exige que el documento falseado "pueda servir de prueba"-, no requiere

expresamente el daño como condición de la configuración delictiva, sino que deja su inferencia al caso concreto y a los principios basilares de la teoría del delito.

Asiste la razón al Procurador cuando, al tratar sobre la inocuidad que pregona el actor, advierte que "para considerar inidónea la acción que concreta la delincuencia falsaria, su dinámica -pese a la impresión de un comienzo punible- ha de ser de tal manera insuficiente e imperfecta que no amerite ninguna relación jurídica valida" (folio 82 cd. C), y cuando prohíja las consideraciones del Tribunal en torno al mismo tema, que por ilustrativas, la Sala reproduce:

"En relación con la inocuidad y la inexistencia de daño en la falsedad se consideró que el acto falsario no fue inocuo porque introdujo fraude en la relación de los asociados; engañó a quienes examinaron los documentos.

"Por esto con claridad se precisó: 'El hecho de no haber sido factor determinante en la inscripción del aspirante los ilegítimos certificados, no le quita jamás la naturaleza delictuosa a la acción falsaria, porque siendo la falsedad documental un delito de peligro y no de daño, se perfeccionó en el momento mismo de su creación; en ese instante la fe pública sufrió mengua ya que precisamente siendo ella la base fundamental del tráfico jurídico; es decir, la que protege y resguarda contra todo ataque efectivo o potencial que eventualmente puede afectar lo concerniente a la creación, modificación o extinción de relaciones de derecho no fue respetada la ficción del bien jurídico tutelado, esto es, el sentimiento colectivo de confianza del cual atrás hablábamos que desde luego era y es a no dudarlo invaluable patrimonio del conglomerado en general estando incluidos en tal noción no sólo los magistrados de este Tribunal a quienes correspondió decidir en primer término sobre las aspiraciones puestas de presente por Pinzón, sino de los miembros del Consejo Seccional de la Carrera que lo hicieron en segundo".

Como se ve, en este aparte -trasladado de su propio pliego de cargos- el Tribunal condensa con acierto su criterio, que al tratar de ampliar en párrafos posteriores se ve comprometido con algunas adiciones si no impertinentes, sí por lo menos impropias -tal como hablar de "reflejo de moralidad" en la conducta de los empleados públicos- que pudieron dar pábulo a la muy interesante pero inatendible demanda y a las glosas de la Procuraduría.

En definitiva, pues, el cargo es improspero, y así se declarará.

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, oído y parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COMPETENCIA

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 motivada la resolución que haga cesar o rebajar una pena o medida de seguridad, cuando la sentencia se halle ejecutoriada por la entrada en vigencia de una ley que resulta favorable a los intereses del condenado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8840.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta No 112.

Santafé de Bogotá, D.C., 1º de diciembre de 1993.

Vistos

El procesado José Ernesto Pantano Villamarín, quien se halla detenido en la Cárcel Distrital de Ibagué, solicita la libertad por colaboración con la justicia, para lo cual invoca el artículo 369D del Código de Procedimiento Penal (artículo 47 de la Ley 81 de 1993).

Aduce llevar veintisiete (27) meses de detención física y ser acreedor a redención de pena por trabajo; haber observado buena conducta en el establecimiento carcelario, tener obligaciones familiares ineludibles con sus tres hijos menores y por lo mismo no puede negársele el beneficio so pretexto de requerir tratamiento penitenciario.

Consideraciones de la Corte

El peticionario fue condenado por un Juez Regional de Santafé de Bogotá a la pena privativa de la libertad de sesenta y nueve (69) meses de prisión como coautor de los delitos de porte de arma de uso privativo de las fuerzas militares y hurto calificado y agravado (sentencia de enero 21 de 1993), sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 21 de abril siguiente, el que ahora es objeto del recurso extraordinario

de casación interpuesto por el defensor de su compañera de causa, Luz Marina Arana Prieto.

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 motivada la resolución que haga cesar o rebajar una pena o medida de seguridad, cuando la sentencia se halle ejecutoriada por la entrada en vigencia de una ley que resulte favorable a los intereses del condenado.

Ha sostenido reiteradamente esta Sala que solamente para los efectos del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1991 puede reconocer rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza. Mas no podrá hacer ningún pronunciamiento respecto de otras cuya competencia la atribuye el legislador al juez de primera instancia en la sentencia, o al de segundo grado al revisarla por vía de apelación o de consulta, según el caso, o la Corte en sede de casación en el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda correspondiente.

En el presente caso, los motivos aducidos por el memorialista no están dirigidos a obtener el beneficio de libertad provisional previsto para quienes han satisfecho las dos terceras partes de la sanción impuesta y acreditan el cumplimiento de todos los requisitos contemplados en el artículo 72 del Código Penal, sino que se limita a afirmar que en su caso debe ser aplicado el artículo 47 de la Ley 81 de 1993 por "colaboración concomitante o posterior al juzgamiento", por no requerir tratamiento penitenciario y tener obligaciones con sus menores hijos, circunstancias no previstas en la disposición que invoca.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene de considerar la petición del procesado José Ernesto Pantano Villamarín por improcedente.

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., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / PRUEBA

El practicar una prueba ilegalmente no invalida el proceso; la consecuencia es que esa diligencia no debe ser tenida en cuenta para sustentar ninguna decisión. / No resulta lógico ni jurídico pretender comprobar una nulidad con argumentos propios de la violación indirecta de la ley sustancial por supuesta apreciación de la prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación número 7344.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 112.

Santafé de Bogotá, D. C., 1º de diciembre de 1993.

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Luis Benítez Arenas, contra la sentencia del Tribunal Superior de Orden Público, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Octavo de Orden Público de Medellín, en cuanto a la decisión condenatoria del aquí recurrente, como coautor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y violación al artículo 19 del Decreto 180 de 1988, modificándola en el sentido de absolverlo por la violación del artículo 13 del citado Decreto disminuyendo la pena principal a veintitrés (23) años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al máximo de diez años autorizados por la ley.

1. Hechos

Los hechos a que se contrae esta investigación tuvieron ocurrencia el 1º de noviembre de 1988, cuando un grupo de sujetos que venían cometiendo asaltos a varias propiedades del municipio de El Retiro (Antioquia), llegaron vistiendo prendas militares, portando armas de largo y corto alcance hasta la finca del doctor Javier Sierra, ubicada en la parcelación La Candelaria, donde luego de ocasionarle la muerte al señor Arturo

Mosquera Bustamante, quien se encontraba de visita en la casa del mayordomo de la mencionada hacienda, procedieron a sustraerse artículos varios y electrodomésticos.

Posteriormente, agentes de la Policía Nacional adscritos a la estación del municipio de El Retiro, lograron la aprehensión de Miguel Angel Giraldo, mayordomo de una de las fincas del sector, donde decomisaron algunos objetos producto de los ilícitos perpetrados por la banda, prendas militares que utilizaban en los asaltos y algunas armas de fuego. Desde un principio el aprehendido le suministró a la autoridad el nombre y los apodos de varios de los implicados, lográndose la captura de algunos de ellos.

II. Actuación Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro abrió investigación el 19 de diciembre de 1988, y correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Octavo de Orden Público de Medellín, se encaminó la investigación a establecer la identidad de las personas comprometidas por la incautación de prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, una escopeta recortada y munición para la misma, la muerte de Arturo Mosquera Bustamante y los delitos de hurto cometidos en diversas fincas del municipio de El Retiro.

Los capturados inicialmente, Miguel Angel Giraldo, César Aníbal Velásquez, Francisco Antonio Hernández, Nelson de Jesús Chaverra y Rubiel de Jesús Benítez, a excepción de este último, fueron interrogados bajo la gravedad del juramento por parte de la policía judicial de El Retiro, antes de ser vinculados al proceso mediante indagatoria, cumplido lo cual se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Negada la reposición del auto anterior y concedida la apelación, el Tribunal Superior de Orden Público confirmó parcialmente la decisión impugnada, descartando la existencia del delito de concierto para delinquir, así como también delimitando la investigación a los hechos sucedidos el día 1º de noviembre de 1988 en la parcelación La Candelaria y al punible de receptación imputado a Velásquez Alvarez, ordenando compulsar las copias respectivas para la averiguación de los demás hechos denunciados, por considerar que no existía entre todos ellos relación de conexidad.

El Juzgado Octavo de Orden Público halló mérito para vincular al proceso a Darío y Fredy Villa Zapata, José Luis Benítez Arenas, Gustavo Castaño Ramírez y Aquileo Castaño, ordenando librar las respectivas órdenes de captura en auto de febrero 25 de 1989.

Benítez Arenas se presentó voluntariamente al juzgado, y una vez oído en indagatoria le fue resuelta la situación jurídica con auto de detención preventiva, por los delitos de concierto para delinquir, homicidio, hurto y violación a los Decretos 1667 de 1987 artículo 2º y 180 de 1988 artículo 19, decisión que fue confirmada por el Tribunal al desatar el recurso de apelación propuesto por su defensor.

Mediante declaratoria de personas ausentes, se vinculó al sumario a los demás procesados previo su emplazamiento, designándoles defensores de oficio, decretándose posteriormente su detención preventiva.

En auto de noviembre 21 de 1989 se ordenó correr el traslado pertinente para alegar de fondo, y una vez recibidos los escritos de la totalidad de los defensores, se puso fin

a la primera instancia profiriendo sentencia condenatoria contra Miguel Angel Giraldo, Nelson de Jesús Chaverra Adarve, Rubiel de Jesús Benítez Arenas, Gustavo Castañeda Ramírez, Aquileo Castaño Graciano, Darío y Freddy Villa Zapata y José Luis Benítez Arenas como coautores de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y violación a los artículos 13 y 19 del Decreto 180 de 1988, imponiéndoles la pena de veinticuatro (24) años de prisión, el pago de $2.000.000,00 y mil gramos oro por concepto de daños y perjuicios; se condenó a César Aníbal Velásquez Alvarez, por el punible de receptación a la pena principal de seis (6) meses de prisión; se impuso a los sentenciados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción principal, concediendo el beneficio de la condena de ejecución condicional para el último de los citados y negándola para los demás.

El Tribunal de Orden Público, al resolver la apelación que contra esta decisión interpusieran algunos de los defensores, la modificó en el sentido de absolver a los procesados por la violación al artículo 13 del Decreto 180 disminuyendo la pena principal a 23 años de prisión, la accesoria a diez años; revocó la condena por el delito de receptación impuesta a Velásquez, y declaró la nulidad de lo actuado respecto de la investigación por este delito, confirmando en lo demás la sentencia impugnada.

Recurrieron en casación los procesados Nelson de Jesús Chaverra, Rubiel de Jesús Benítez y José Luis Benítez Arenas, presentando la respectiva demanda únicamente el defensor de este último.

III. La Demanda

El libelista ataca el fallo con fundamento en las causales tercera y primera del artículo 220 del C. de P. P.

Causal Tercera

Estima el impugnante que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, en razón de múltiples irregularidades en que se incurrió en el trámite procesal, todas ellas de carácter sustancial que afectan el debido proceso y derecho de defensa. En principio propone dos cargos.

Primer cargo. "Incompetencia del juez" en razón de haber investigado y juzgado el delito de receptación por el que fuera condenado César Aníbal Velásquez Alvarez.

Respalda esta afirmación recordando que en el Decreto 180 de 1988 este delito "no aparece descrito dentro de los tipos penales atribuidos al Juzgado de Orden Público", incurriéndose en la causal de nulidad consagrada en el artículo 304-1 del C. de P. P. vigente, artículo 305-1 del estatuto derogado.

Para el censor, la causal que invoca no admite su declaratoria exclusivamente respecto del procesado Velásquez, sino que afecta todo el debido proceso. "La actuación del funcionario judicial incompetente es un acto causa viciado que comunica su vicio al acto efecto y por ello en este tipo de procesos no puede edificarse una sentencia inobjetable".

Segundo cargo. Estima que varias actuaciones procesales son constitutivas de irregularidades ostensibles que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, así:

a) La Policía Judicial recibió versión "bajo la gravedad del juramento y sin la asistencia del respectivo defensor", a Miguel Angel Giraldo, Aníbal Velásquez y Nelson de Jesús Chaverra, lo que en criterio del censor vulnera el esquema "lógico y formal" de lo que debe entenderse por versión libre, ya que el artículo 334 del Decreto 050 de 1987 claramente prescribía los requisitos para llevar a cabo esta diligencia;

b) Cuando se vinculó al proceso, mediante declaración de personas ausentes a Gustavo y Aquileo Castañeda, Darío y Fredy Villa, la investigación se encontraba adelantada casi en su totalidad, "sin que los imputados tuvieran oportunidad de ser sujetos procesales y poder controvertir la prueba en su aducción (sic). Si los reos ausentes fueron emplazados tardíamente, no se les dio oportunidad de estar representados en la fase más importante, que es la de recolección de la prueba. El proceso se adelantó a sus espaldas", vulnerándose los principios rectores de publicidad, lealtad, igualdad, contradicción y publicidad, consagrados en el Decreto 50 de 1987;

c) En cuanto a la situación personal del procesado Rubiel de Jesús Benítez Arenas, sostiene el libelista que "durante largo interludio procesal", dentro del cual fueron practicadas numerosas pruebas, careció de defensa técnica, ya que como consta en el plenario, al renunciar al cargo el apoderado de éste el 6 de marzo de 1989, solamente hasta el 21 de junio siguiente le fue designado un defensor de oficio, irregularidad que afecta el debido proceso y en especial el derecho de defensa;

d) El "desconocimiento del principio de necesidad de prueba", consagrado en el artículo 246 del anterior C. de P. P., constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en razón a que José Luis Benítez Arenas fue condenado por el delito de homicidio agravado "sin que existiera la prueba que permitiera fundamentar ese cargo tan gravoso".

Aduce el actor que si conforme a la prueba testimonial y "científica" allegada a los autos, se pudo establecer claramente que el autor de los disparos que determinaron la muerte de Arturo Mosquera Bustamante fue Rubiel de Jesús Benítez, afirmación que apoya con la transcripción parcial de la diligencia de reconocimiento cumplida por María Lucelly Naranjo Hurtado y de la sentencia de primera instancia, no podía extenderse la responsabilidad por este hecho "a los otros procesados que no intervinieron en su ejecución", pues esto solamente resultaría viable frente al fenómeno de la coparticipación delictiva que, a su modo de ver, no es posible predicar en este caso.

Causal primera. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador en la apreciación de diversas pruebas.

a) Error de derecho por falso juicio de legalidad: Dice que el fallador tomó como fundamento de la condena proferida contra José Luis Benítez Arenas las versiones que algunos de los imputados rindieron ante la Policía Judicial bajo la gravedad de juramento y sin la asistencia de defensor, esto es, que apreció una prueba irregularmente aducida al proceso.

Apoya el ataque con el argumento aducido en la formulación del cargo que por este mismo motivo desarrolló como causal de nulidad y que se relaciona con el hecho de que en la realización de la referida diligencia ante la Policía Judicial, fueron desconocidas las formalidades mínimas exigidas por el artículo 334 del anterior C. de P. P.

Dice el censor, que a la falta de defensor se unió la irregularidad de que se tomó juramento a los imputados, y por ello esa versión no fue libre y espontánea, luego esa prueba era procesalmente inexistente, por mandato del artículo 310 de la misma codificación

El hecho de haberse apreciado tal prueba llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 323, 324, 249, 350, 351, 372 del C. P. y el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, considerando al procesado como coautor de esas delincuencias;

b) Alega el recurrente que el fallador incurrió en los siguientes errores de hecho por falso juicio de existencia:

Ignoró el sentenciador "la diligencia de indagatoria de Miguel Angel Giraldo, donde advierte no conocer el nombre del taxista, desvirtuando la acusación formulada en su contra", así como la advertencia que hace el mismo acusado en ampliación de la citada diligencia en cuanto a la negativa para reconocer que tal individuo respondiera al nombre de José Luis Benítez Arenas tal y como se dejara consignado en la versión rendida ante la Policía Judicial, respecto de la cual sostuvo que fue obtenida "bajo tortura"

Dice el censor que también omitió el *ad quem* "la aseveración de Nelson de Jesús Chaverra, en la diligencia de indagatoria, cuando reconoce que no sabía el nombre del taxista.

Se ignoró "la diligencia de necropsia, para imputar al procesado el hecho punible de homicidio agravado, cuando esa experticia pregona que el occiso recibió un solo disparo, hecho punible que no podían cometer varias persona, como se infiere de la prueba testimonial, diligencia de reconocimiento que corre a folio 183 Vts. (sic), prueba también ignorada por el fallador de segunda instancia y la experticia médica que habla de un solo disparo".

Finalmente el actor señala que el sentenciador ignoró "elementos basilares que pregonan la inocencia del procesado, incurriendo el fallador en ostensible error de hecho, ya que no ponderó la presentación voluntaria que hizo José Luis ante la judicatura, ...ni tampoco se valoró la explicación minuciosa de su inocencia vertida por el procesado en la diligencia de descargos".

Afirma que los errores de hecho y de derecho llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 323, 324, 249, 350, 351 del Estatuto Punitivo y artículo 19 del Decreto 180 de 1988.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia, apoyado en las siguientes razones:

Causal tercera. Se refiere en forma conjunta a los dos cargos formulados bajo el amparo de esta causal, por estimar que adolecen de yerros de carácter técnico comunes, que son suficientes para el rechazo de las pretensiones del impugnante.

En primer término señala que el libelista se ocupa de cuestionar una serie de diligencias cumplidas en las instancias, que en su criterio comprometen la legalidad de lo actuado, en tanto que con ellas se habían conculcado el debido proceso y el derecho

de defensa de los procesados distintos de José Luis Benítez Arenas, y "mal puede pretenderse que a través de dichas actuaciones estrictamente relacionadas con aquéllos pueda verse afectada la validez del fallo recaído contra éste".

Afirma que el censor carece de interés para atacar la sentencia con fundamento en la incompetencia del juez para investigar y fallar el delito de receptación por el que se condenó en primera instancia a Aníbal Velásquez Alvarez, además de que queda claro que para la confección del libelo ni siquiera se ocupó el actor de la lectura del fallo de segundo grado que resolvió revocar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, declarándose la nulidad de la actuación respecto del procesado citado, no existiendo, en consecuencia, vicios en el procedimiento que debieran ser enmendados por la Corte, quedando de contera el ataque sin fundamento alguno.

Partiendo de que el agravio que debe demostrarse en casación ha de sufrirlo directamente la persona a cuyo nombre se concedió el recurso, sostiene que en nada se vería afectado el juzgamiento de José Luis Benítez Arenas, si, como lo afirma el recurrente, Gustavo Castañeda, Aquileo Casraño, Darío y Fredy Villa efectivamente hubieran sido vinculados al proceso en forma tardía con desmedro para su defensa; o si, como también se afirma, Rubiel Benítez no hubiera contado con defensa técnica durante un "largo interludio procesal".

Respecto a lo primero debe reconocerse que los mencionados imputados fueron declarados personas ausentes hasta el 25 de mayo de 1990, por esto mecanismo de vinculación al proceso optó el juzgador, debido fundamentalmente al comportamiento asumido por los inculpados, el cual habría impedido que las autoridades de policía a quienes se les encomendó su captura desde el mes de febrero anterior cumplieran su cometido, al ausentarse de los lugares que frecuentaban enterados de que eran requeridos por la justicia, tal y como se dejara constancia en los informes suscritos por tal autoridad, debiéndose agregar, de otro lado, que al momento de ser declarados personas ausentes, les fue designado abogado de oficio, quedando de este modo a salvo los intereses propios de la defensa.

Tampoco se afectó el derecho a la defensa de Rubiel Benítez Arenas, ya que si bien es cierto que durante cerca de tres meses no estuvo asistido por un defensor, esta ausencia no genera automáticamente el desmedro de este derecho, menos aún cuando las pruebas que fueron practicadas en tal lapso no tuvieron relación con este proceso y por lo mismo tampoco fueron tenidas en cuenta como fundamento en la demostración de su responsabilidad, habiéndose proveído, en cambio, el nombramiento de un defensor de oficio con antelación a correrse traslado para la presentación de los alegatos de fondo.

De otra parte, la ley procesal da la posibilidad de invocar en un mismo libelo varias causales de casación, pero por la particular naturaleza que caracteriza este extraordinario recurso, cuando de tal modo se procede, el impugnante debe descartar la posibilidad de acudir a aquellas que frente al caso concreto resulten excluyentes entre sí, salvo que expresamente y por separado se propongan de manera subsidiaria conforme al artículo 225 del C. de P. P. vigente.

Afirmar, sin hacer expresa dicha salvedad, que la diligencia cumplida por parte de la Policía Judicial al escuchar bajo la gravedad de juramento y sin la presencia de un defensor a Miguel Angel Giraldo, Aníbal Velásquez y Nelson de Jesús Cuaverra conlleva

vulneración al "esquema lógico y formal" de lo que debe comprenderse por una versión libre, constituyendo de por sí motivo de nulidad del proceso, para al mismo tiempo sostener que dicha prueba fue allegada a la investigación con desconocimiento de las normas que regulan su adución, como lo hace el libelista, es evidentemente contradictorio y lleva al traste el cargo.

Si la realización de la citada diligencia en la manera como procedió la Policía Judicial genera nulidad de todo lo actuado, mal puede decirse al mismo tiempo que se adujo ilegalmente y que por lo mismo debe considerarse inexistente, ya que semejante modo de argumentar denota que el recurrente confunde la diferente naturaleza jurídica y efectos de la inexistencia y de la nulidad, cuando es bien sabido que la primera resulta predicable sólo del acto procesal al cual le faltan aquellas formalidades esenciales para su validez, en tanto que la segunda se refiere a toda la actuación procesal dictada por un juez incompetente, o con violación del debido proceso o al derecho de defensa, con afectación de todas las demás actuaciones relacionadas o dependientes de aquélla.

El impugnante entremezcla así dos causales disímiles al atacar la misma prueba por nulidad y violación indirecta por error de derecho, resultando que acorde con la primera, la Corte debería declarar nulo el proceso y con base en la segunda lo procedente sería emitir el fallo de sustitución ignorándose en últimas qué es lo pretendido por el actor.

En cuanto al motivo de nulidad, referido a la inexistencia de la plena prueba contra José Luis Benítez Arenas para ser condenado por el delito de homicidio agravado, el señor Procurador considera que equivocado surge a todas luces el reparo así propuesto, lo que lo conduce al fracaso, ya que en el fondo no se ocupa en demostrar la existencia de vicios *in procedendo* sino en criticar los fundamentos probatorios tenidos en cuenta para condenar a Benítez, antitecnicismo que se destaca y concreta en el hecho de pretender comprobar la presencia de una nulidad con argumentos propios de la violación indirecta de ley sustancial.

Si como lo afirma el censor, no existía en el plenario la prueba indispensable para deducir responsabilidad en cabeza de su defendido por el delito de homicidio, tenía el deber de dirigir el ataque por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, al haberse supuesto la prueba correspondiente.

Este planteamiento que corresponde al desarrollo de la causal primera que también propone el libelista patentiza la más absoluta falta de seguridad, precisión y lógica con que los distintos cargos son formulados, al acudirse indistintamente a la causal de nulidad y violación indirecta de la ley, desconociéndose a la par que cada una de estas vías de impugnación tiene su ámbito propio, obedeciendo igualmente a un carácter y finalidades distintas.

Las fallas indicadas conducen a la desestimación de los cargos propuestos.

Causal primera

Dice el Procurador que "al acusar la sentencia censurando la validez de la versión que la Policía Judicial recibiera a Miguel Angel Giraldo y Nelson de Jesús Chaverra Acarve por haberse desconocido las reglas que rigen la adución de esta prueba al proceso acorde con el artículo 334.7 del C. de P. P. anterior, además de cuestionar su legalidad a

través de dos diversas vías, nulidad y violación indirecta de la ley, como se refiere en precedencia, y siendo ello de por sí razón suficiente para denegarse la viabilidad de la censura; en el fondo la pretensión del actor por no desquiciar la totalidad de fundamentos que sustentan la sentencia, igual está llamada a fracasar".

No se cumplió en este caso, por parte de la Policía Judicial de El Retiro, con los requisitos señalados en el artículo 334.7 al momento de escuchar la versión de los citados incriminados, como se colige de la simple lectura de esta diligencia. De acuerdo con el artículo 310 del derogado C. de P. P., el incumplimiento de la debida observancia de aquellas formalidades esenciales para la validez de los diversos actos procesales, es sancionado en la ley con su desestimación.

En este caso, resulta evidente que del contenido de las versiones antes referidas surgen cargos contundentes contra José Luis Benítez Arenas, en la medida en que se le atribuye ser el jefe del grupo de asaltantes que cometieron los hechos e igualmente el haber participado activamente en ellos el día de autos. También es indiscutible que con apoyo en estas diligencias, predominantemente, se dedujo la responsabilidad de este imputado en la sentencia. Sin embargo, de la lectura del fallo de primera y segunda instancias, que para este propósito deben considerarse como una unidad jurídica indisoluble, se advierte que la condena impartida contra Benítez Arenas no se estructuró exclusivamente sobre esta prueba, como lo sostiene el censor, sino también con base en medios indiciarios y testimoniales. Para el efecto transcribe algunos apartes del fallo de primer grado.

Conceptúa la Delegada que, al igual que el cargo anterior, el error de hecho por omisión probatoria también debe desestimarse, ya que se reduce no a descubrir que el fallo dejó de apreciar pruebas cuya actitud demostrativa haría modificar la decisión impugnada, sino en darle un alcance que convendría a los intereses de su defendido.

El contenido del fallo niega la afirmación del recurrente, ya que en él sí se consideró, en el estudio de las pruebas, las diligencias de indagatoria de Chaverra, aunque contrariamente a lo pretendido por la defensa, para negarles toda credibilidad. Transcribe lo que al respecto dijo el Tribunal.

Finalmente relieva que José Luis Benítez fue condenado como coautor de los delitos investigados, pues con base en las pruebas allegadas al proceso claramente se estableció que el grupo de delincuentes actuó comunitariamente, esto es, con división de trabajo y asumiendo integralmente el comportamiento delictual cumplido por los demás, de manera que fuera de toda lógica está que se sostenga, como lo hace el censor, que al comprobarse que materialmente Rubiel de Jesús fue quien hizo los disparos, la responsabilidad penal por este hecho solamente sea predicable de aquél.

V. Consideraciones de la Corte

Causal tercera

Primer cargo. Es absurdo pretender la nulidad del proceso con el argumento de que el Juez Octavo de Orden Público carecía de competencia para investigar y fallar el delito de receptación por el cual se condenó en primera instancia a Aníbal Velásquez Alvarez, pues además de que el casacionista carece de interés jurídico para alegar una presunta

irregularidad que en nada afecta los intereses de su representado, tal planteamiento pone de manifiesto que el actor no leyó con el cuidado debido el expediente, pues pasó por alto que en la sentencia de segundo grado se resolvió: "Revocar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, y en su lugar se decreta la nulidad de la presente actuación exclusivamente respecto del procesado César Aníbal Velásquez, a partir del auto calendado noviembre 21 de 1989, inclusive. Por lo que se ordena compulsar copias de lo pertinente para que se investigue por separado la conducta del incriminado aludido".

El trámite aplicado por el Tribunal es el que correspondía al caso concreto, pues la actuación que se debía reponer era únicamente la relacionada con el acusado César Aníbal Velásquez, de manera que la nulidad por decretar no tenía por qué ser total, sino parcial, como efectivamente se decretó. Precisamente el artículo 85 del estatuto procesal anterior (artículo 90 del actual) señalaba como uno de los motivos para la ruptura de la unidad procesal "cuando se decrete nulidad parcial del proceso que obligue a reponer la actuación en relación con uno de los procesados o de los hechos punibles investigados".

En estas condiciones, emerge con absoluta claridad que el reproche formulado por el impugnante carece de fundamento.

Segundo cargo. Como se dejó reseñado en capítulo anterior, el libelista se refiere a varias supuestas irregularidades que en su opinión afectan el debido proceso y el derecho de defensa, de modo que la Sala responde a continuación a cada una de ellas así:

a) No es cierto que la Policía Judicial le recibió versión bajo la gravedad del juramento y sin asistencia de defensor a Miguel Angel Giraldo, Aníbal Velásquez y Nelson de Jesús Chaverra, pues expresamente se dejó consignado en el texto de esas diligencias que se trataba de una declaración, motivo por el cual se les tomó juramento conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, previa la amonestación ordenada por el artículo 154 *ibidem*.

Definir en este asunto si la Policía en lugar de recepcionarles testimonio a las personas anteriormente mencionadas ha debido recibirles versión libre y espontánea es un problema de criterio que como tal puede ser discutible, pero de todas maneras lo decidido tiene plena validez porque fue realizado con las formalidades legales. Otra cosa es el alcance probatorio que se le reconozca.

Seguidamente porque hasta ese momento sólo existía la denuncia, en donde no se sindica a nadie, y lo ordenado en el auto anterior, de fecha diciembre 17 de 1988, era llamar a declarar "...a todas aquellas personas que tengan conocimiento de los hechos allí denunciados a fin de dar con el autor o autores del delito que se está investigando", la Policía optó por recibirles a los detenidos testimonio, prueba que no se convierte en ilegal por el hecho de que de sus propias versiones surgiera mérito para que el juez vinculara a los deponentes como procesados, situación que a nadie resulta extraña, porque es de frecuente ocurrencia, como también lo es que a veces el denunciante termina siendo acusado.

De otra parte, si lo que el impugnante pretendía alegar era la ilegalidad de la prueba, ha debido acudir a la causal primera de casación, cuerpo segundo, error de derecho por

falso juicio de legalidad, no como lo hizo, por nulidad, pues el practicar una prueba ilegalmente no invalida el proceso, la consecuencia es que esa diligencia no debe ser tenida en cuenta para sustentar ninguna decisión;

b) Es inexplicable que el actor pretenda quebrar la legalidad del fallo alegando que Gustavo Castañeda, Aquileo Castaño, Darío y Fredy Villalba fueron vinculados al proceso en forma tardía y que por ello "el proceso se adelantó a sus espaldas", pues la nulidad, en el caso de existir, únicamente implicaría la invalidez del proceso en relación con los incriminados citados, mas no respecto del poderdante del casacionista, porque en su juzgamiento no se advierte vicio alguno. El poder con que actúa el demandante le fue suscrito únicamente por el procesado José Luis Benítez Arenas, y por ello él no puede tomarse una vocería que no tiene porque no se le ha otorgado.

Tampoco existe nulidad alguna que deba declararse oficiosamente, ya que, como lo expresa el Ministerio Público, si bien debe reconocerse que los mencionados impulados fueron declarados personas ausentes hasta el 25 de mayo de 1990, el Juez optó por este mecanismo de vinculación al proceso debido al comportamiento asumido por los propios incriminados, que impidió a las autoridades de policía a quienes se les encomendó su captura desde el mes de febrero anterior que cumplieran su cometido, al ausentarse de los lugares que frecuentaban enterados de que eran requeridos por la justicia, tal como se dejó constancia en los informes suscritos por tal autoridad. De otro lado, al momento de ser declarados personas ausentes, les fue designado abogado de oficio, quedando de este modo a salvo los intereses propios de su defensa;

c) Afirma el libelista que Rubiel Benítez no contó con defensa técnica durante un "largo interludio procesal". Además de que el recurrente no tiene ningún interés jurídico para formular este ataque, tampoco se afectó el derecho de defensa del citado, ya que si bien es cierto que durante tres meses no estuvo asistido por un defensor, ello no genera automáticamente el desmedro de este derecho, toda vez que las pruebas que fueron practicadas en tal lapso no tuvieron relación con este procesado, y antes de correse traslado para la presentación de los alegatos de fondo, se le nombró un defensor de oficio;

d) En cuanto a la presunta nulidad por haberse condenado a José Luis Benítez Arenas por el delito de homicidio agravado "sin que existiera la prueba que permitiera fundamentar ese cargo tan gravoso", es una inconformidad que debe invocarse al amparo de la causal primera cuerpo segundo, no como lo hace el censor.

La falta de técnica en la formulación de este reparo es suficiente para desestimarlo, puesto que no resulta lógico ni jurídico pretender comprobar una nulidad con argumentos propios de la violación indirecta de la ley sustancial por supuesta apreciación de la prueba.

Las consideraciones precedentes indican que los cargos por nulidad no están llamados a prosperar, y en consecuencia así se declarará.

Causal primera

La censura formulada por esta vía apunta a un presunto error de hecho por un falso juicio de legalidad, al apreciar la versión recaudada por la Policía Judicial a algunos de

los imputados, la cual, en opinión del impugnante, no podía recibirse bajo la gravedad del juramento y sin la asistencia de defensor.

A este tema ya se refirió la Sala al responder el primer reparo presentado por la causal tercera, y allí se precisó que no hay ninguna duda de que las diligencias practicadas fueron testimonios, razón por la cual se tomó juramento y no se requirió la presencia de un defensor.

Sin embargo, es oportuno destacar que así se hubiera tratado de una versión libre y espontánea o de una indagatoria, al hacer el deponente cargos a terceros, el funcionario debe tomarle juramento como si se tratara de un testigo de manera que también por este aspecto carece de sentido el reclamo que alega el libelista, pues lo que ha hecho el juzgador es apreciar como prueba testimonial las declaraciones que los declarantes hicieron bajo juramento en contra de su cliente.

En este acápite del escrito sustentatorio del recurso, nuevamente su autor insiste en tomarse la vocería de algunos procesados no recurrentes, a quienes no representa, dejando ver que ante el correcto juzgamiento de su poderdante no le quedó más camino que tratar de extender en su favor supuestas irregularidades cometidas en el trámite de la actuación seguida a los demás coacusados.

Al margen de lo anterior, otra falla en que incurre el casacionista es creer que la sentencia se basó únicamente en los testimonios de Miguel Angel Giraldo, Aníbal Velásquez y Nelson de Jesús Chaverra, cuando basta leer la parte pertinente del proveído de primera instancia -acogido por el *ad quem*- para darse cuenta de que la condena de José Luis Benítez es una decisión que encontró apoyo en otras pruebas. Textualmente dice:

"Son hechos indicantes el testimonio de *audito* (sic) del cabo primero Rodrigo Prado Penagos y del doctor Renán Arturo Uribe Peláez, el primero enfatiza sin ninguna hesitación que el mismo Nelson Chaverra le afirmó que en el 'lugar donde vivía Rubiel, venía José Luis Benítez Arenas, dueño de un taxi color amarillo y negro y que en ese mismo vehículo era donde llevaban los bienes que robaban (sic) en la finca' El segundo afirma en su declaración jurada que una vez conoció el hecho de que la autoridad había retenido a Miguel Angel, como presunto sindicado de los diferentes delitos que se venían cometiendo en la jurisdicción, fue hasta la casa de éste, donde interrogó a la esposa..., señora Yamile Adarve, quien luego de hacerle entrega de tres cadenas de oro de las que habían sido hurtadas de su propiedad, le adujo que algunos de los bienes sustraídos se hallaban en poder de Darío, Aquileo, José Luis y Jairo su sobrino, o sea Jairo Chaverra, aserto éste que en parte lo corrobora la propia Yamile en su deponencia de folios 158 y 159, al aceptar que en su casa estuvo un señor moro a quien le entregó unas cadenas...

"A más de lo anterior, confluye en contra de José Luis el indicio de mala fundamentación (sic)... pues mírese que este sindicado afirma no conocer a los demás integrantes de la banda, cuando en tal sentido lo afirma la joven Gloria Patricia Londoño Granada, quien en forma diáfana y sin ninguna reticencia afirma que José Luis ha sostenido relaciones de amistad con Aquileo Castaño, pues personalmente los observó ingiriendo licor en un establecimiento público denominado Heladería La Paz que, dicho sea de paso, era el sitio predilecto de los autores del reato para reunirse, lo que indica que en realidad de verdad para José Luis no eran o no son tan desconocidos sus compañeros

de causa, pues él bien lo sabe que de aceptar tal amistad estaría corroborando lo afirmado en su contra".

El libelista en vez de dirigir su ataque a la prueba indiciaria, que, como se acaba de ver, fue fundamento de la condena, se dedica a proponer errores de hecho por omisión de pruebas, censuras que también deben desecharse, ya que se reducen no a descubrir que el fallo dejó de apreciar pruebas cuya actitud demostrativa haría modificar la decisión impugnada, sino a darle el alcance que convendría a los intereses de su defendido.

No es cierto que los falladores de instancia hayan ignorado las diligencias de indagatoria de Giraldo y Chaverra, donde advierten no conocer el nombre del taxista, lo que ocurre es que se les negó toda credibilidad, otorgándosela al testimonio rendido por el cabo primero Rodrigo Prado Penagos, que, se repite, no fue atacado por el actor. La Corte no puede entrar a suplir las deficiencias de la demanda.

El Juez de primera instancia se pronunció así:

"El argumento pues de que no existe plena prueba por los defectos de la investigación no puede admitirse con soporte de una absolución, pues las distintas probanzas atrás analizadas constituyen elementos de juicio irrecusables y de un enorme poder de persuasión, que impiden que las protestas de inocencia de los procesados sean de recibo, dada la magnitud y tenacidad de la prueba acusatoria...".

Como puede observarse, no fue desconocida la explicación de inocencia dada por Benítez en la diligencia de descargos, sino que se les dio suficiente valor de convicción a los elementos de juicio analizados como indicios.

El contenido del fallo niega la afirmación del recurrente en el sentido de que se desconoció la advertencia que hace Giraldo en la ampliación de indagatoria en la cual dejó consignado que la versión rendida ante la Policía Judicial fue obtenida "bajo tortura".

El Tribunal dijo textualmente:

"No debe olvidarse que los justiciables aludidos no expresaron en sus indagatorias iniciales de haber sido sometidos a presión o tortura por miembros de la Policía para que depusieran en la forma como lo hicieron, sino que solamente en sus ampliaciones de indagatoria vinieron a denunciar supuestos maltratos por los agentes del orden. Esta circunstancia pone en evidencia que las últimas manifestaciones de..los procesados acusados no son más que mecanismos de defensa por ellos utilizados para entorpecer la verdad sobre los hechos, considerando la Sala que la prueba obrante contra José Luis Benítez queda incólume y por ello surge la certeza de su responsabilidad...".

Tampoco es cierto que el fallador para proferir condena por homicidio agravado contra José Luis Benítez Arenas haya dejado de apreciar la diligencia de necropsia practicada a Arturo Mosquera Bustamante, con base en la cual se sabe que el obitado recibió "un solo disparo", y el reconocimiento en fila de personas por medio del cual José Octavio Valencia y Lucelly Naranjo señalaron que quien accionó el arma homicida fue Ruhiel de Jesús Benítez.

Lo que ocurre, como con acierto lo señala el Procurador Delegado, es que José Luis Benítez "fue condenado como coautor de los delitos investigados, y con base en las

pruebas allegadas al proceso claramente se estableció que el grupo de delincuentes actuó mancomunadamente, esto es, con división de trabajo y asumiendo íntegramente el comportamiento delictual cumplido por los demás. De manera que fuera de toda lógica está que se sostenga, como lo hace el censor, que al comprobarse que materialmente Rubiel de Jesús fue quien hizo los disparos, la responsabilidad penal por este hecho solamente sea predicable de aquél".

En tales condiciones, el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

La concesión del recurso de casación previsto como excepcional y discrecional en el último aparte del artículo 218 del C. de P. P. se halla supeditada a una condición ineludible: que la Corte considere necesario aceptar el recurso "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Y para que la Corte llegue a considerar esa necesidad, debe contar con las argumentaciones pertinentes del interesado expuestas en su solicitud.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8941. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 115.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de diciembre de 1993.

Decidirá la Corte sobre la concesión del recurso extraordinario de casación que con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P. solicita el defensor del procesado Germán Cruz Granobles, condenado en segunda instancia por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué como autor responsable del delito de lesiones personales culposas (artículos 332 y ss. C. P.).

Antecedentes

Durante la celebración de un partido de fútbol entre los equipos Piratas del Jardín y Sistemas del Tolima en la cancha de la Penitenciaría Nacional Picaleña de Ibagué fue lesionado Gonzalo Martínez Villalobos mediante golpe asestado en el rostro por Germán Cruz Granobles, -ocasionándole fracturas varias-, quien de inmediato fue expulsado del terreno de juego por el árbitro. Estos hechos acaecieron el 2 de septiembre de 1990 y causaron al afectado incapacidad laboral de 45 días y deformación física transitoria.

Cruz Granobles fue comprometido en juicio y, surtida la etapa correspondiente con celebración de la audiencia pública, absuelto por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Ibagué en fallo que apelado por la parte civil fue revocado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito el 14 de septiembre de 1993 por considerar responsable del delito al procesado

a título de culpa, imponiéndole la pena principal de dos meses y dieciocho días de prisión. Frente a esta decisión, el defensor ha solicitado la concesión del recurso extraordinario de casación al amparo del artículo 218, tercer aparte, del C. de P. P. (folios 1º y ss., 198-207; 258-273; 418 y ss., 433-447; 485-506; 518-520 cd. ppl.).

Del Recurso de Casación

El señor defensor solicitante considera que el recurso extraordinario discrecional y excepcional interpuesto debe concederse porque el caso materia del debate procesal es "exótico" y el pronunciamiento de la Corte se justifica "para que sirva de criterio orientador de la actividad judicial, dándose así lugar al desarrollo pleno del artículo 219 del C. de P. P.". Lo exótico del caso consiste en que los hechos sucedieron en un partido de fútbol jugado en una cancha irreglamentaria, dirigido por un árbitro "sin filiación a entidad alguna (pirata)"; fueron denunciado sólo pasados cincuenta días de su acaecimiento; no se acreditó que el lesionado hubiera ingresado a centro asistencial alguno sino que estuvo en condiciones de viajar a la capital de la República para un examen radiológico; la actividad futbolística se rige por unos reglamentos y -dice- "hasta la fecha al procesado no se le ha informado a cuál de esas reglas fue su insubordinación".

Añade que ante la intensidad de la actividad futbolística del país y los riesgos de quienes participan en ella se hace necesario establecer "qué parámetros deben seguirse para al no probarse el dolo se deduzca la culpa". Luego tras recordar que el derecho al debido proceso tiene su origen constitucional en el artículo 29 de la Carta asevera que el respeto a tal principio en el proceso fue aparente porque la interpretación de las radiografías tomadas al lesionado no era fácil, así como fueron presentadas a la actuación, generando dudas apenas antes de la audiencia pública, en la que "se resaltó y alegó la trapisonda con bases científicas que condujeron a la absolución" de primera instancia, haciéndose así no vigente el principio de contradicción; que la parte civil obró con deslealtad al firmar el mismo lesionado un acta de testimonio atribuyéndose ese cargo sin estar aún reconocido y sobre este hecho "no existió ningún pronunciamiento"; además, al acusado no se le suministró una pronta justicia según lo revelan las soluciones de continuidad entre las diversas actuaciones.

Consideraciones de la Corte

La concesión del recurso de casación previsto como excepcional y discrecional en el último aparte del artículo 218 del C. de P. P. se halla supeditada a una condición ineludible: que la Corte considere necesario aceptar el recurso "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Y para que la Corte llegue a considerar esa necesidad debe contar con las argumentaciones pertinentes del interesado expuestas en su solicitud.

Pero no basta cualquier argumentación, sino que tiene que ser la que se encamine a demostrar uno o ambos casos que ameritan el estudio en sede de casación. Si del desarrollo de la jurisprudencia se trata, deberá el recurrente indicar brevemente los aspectos de tal desarrollo, expresando los puntos oscuros en la interpretación de la ley que a su juicio deben ser reexaminados; cotejando la legislación si es que de diversas vigencias se trata la confusión; actualizando o extendiendo o restringiendo conceptos

adoptados por la jurisprudencia; en fin, evidenciando la necesidad de la intervención de la Corte. Por igual, la necesidad de garantía de derechos fundamentales deberá motivarse pertinentemente, de manera que la revisión preliminar del proceso que forzosamente efectúa la Corte para decidir, en ambos casos, sea la objetiva confirmación de lo alegado, independientemente del resultado que arroje el fallo del recurso.

En el caso materia de estudio, el recurrente, en lo que parece ser la motivación para que se declara necesario aceptar la impugnación para el desarrollo jurisprudencial, se limita a afirmar que el hecho objeto de la sentencia recurrida es "exótico" por tratarse de lesiones personales en actividad deportiva que se realizó en condiciones irreglamentarias, y a afirmar que el pronunciamiento de la Corte se justifica como criterio orientador de la actividad judicial, pero sin indicar cuál pude ser el error del juez como intérprete natural de la ley que hubiera determinado la ilegalidad del fallo de condena, menos discutir posiciones jurisprudenciales o doctrinarias que ameriten una visión distinta del juez de casación. No hay motivación, en otras palabras, sobre la necesidad de la aceptación del recurso por razón del desarrollo jurisprudencial.

Respecto de la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso, que es a lo que se refiere la segunda parte del escrito, basado el peticionario en que esa garantía se guardó sólo en apariencia en el proceso, conculcándose el derecho de contradecir la prueba por la forma en que fueron llevadas a él las lecturas de las radiografías tomadas al ofendido el 6 y el 17 de septiembre de 1990 -la primera de las cuales no daba cuenta de fracturas, mientras que la segunda sí ladinamente, sin darse la oportunidad de "rebatirlas o aclararlas", generando así duda ya al momento del estudio del proceso para audiencia pública; además el Juzgado guardó silencio sobre la conducta desleal de la parte civil al suscribir una diligencia atribuyéndose la personería que aún no le había sido reconocida, y no se administró pronta justicia al acusado.

Encuentra la Corte, en primer término, que las lecturas de las radiografías fueron incorporadas por el denunciante desde la ampliación de su denuncia (folios 6-16 cd. ppl. 1), de manera que eran parte de esta diligencia, y no elementos foráneos allegados sorpresivamente; la defensa conoció desde el inicio de la investigación esos elementos de juicio (folios 9 y13) en que el juzgado de primera instancia radicó la duda base de su revocada absolución; y tuvo toda la oportunidad de estudiarlos y cuestionarlos por su legalidad y contenido; si no lo hizo, ello se debió a su inercia, no a actividad desleal de la contraparte ni a actividad judicial.

De otra parte, el juzgado de segunda instancia reconoció que esas probanzas no fueron incorporadas de manera correcta porque no medió expreso pronunciamiento y las tuvo apenas como prueba sumaria atribuyéndoles tan menguado valor, que revocó el fallo absolutorio del juzgado municipal que se apoyó exclusivamente en ellas y centró su atención en los demás elementos de juicio para arribar a una global apreciación probatoria y por ese medio a la condenación (folios 493-495). Así se expresó ese despacho:

"El resultado del segundo examen no hizo más que confirmar la sospechada inexactitud del primero y, por ende, la eficacia de aquél en cuanto a la demostración de la verdadera etiología de la lesión sufrida .., pero pese a ello este punto de referencia no puede ser mirado con prescindencia de los demás elementos de prueba, sino valorado

en forma que consulte todo el haz probatorio, de suerte que pueda producir certidumbre alrededor de la aceptación de dicho aspecto del proceso o, en su defecto, desconfianza y recelo pero desde esta singular óptica legal de valoración racional y de conjunto".

Si a esto se agrega el hecho de que el Juzgado no hubiera censurado la actitud que el recurrente tilda de "desleal" del abogado de la parte civil por firmar como tal un acta de testimonio sin previo reconocimiento de su personería, en nada atropelló el debido proceso, como tampoco lo conculcó por la falta de rapidez en la solución del caso -el proceso se inició el 29 de octubre de 1990 y se falló en septiembre de 1993-; es decir, se tramitó en un lapso razonable, dado el trabajo que soportan esos despachos. Se concluye por fuerza, entonces, que haya necesidad de garantizar el debido proceso como derecho fundamental, pues no se avizora que fuese desconocido en el proceso y, por consiguiente, no se justifica que la Corte haga uso de su discrecionalidad para conceder el recurso.

Bajo estas condiciones, se denegará la solicitud.

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

RESUELVE:

No admitir el recurso de casación especial interpuesto por la defensa de Germán Cruz Granobles contra la sentencia del 14 de septiembre de 1993, del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué, en la que se le condena por el delito de lesiones personales culposas. En firme, devuélvase el expediente a la oficina 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, Jorge Enrique Valencia M., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA / DETENCION DOMICILIARIA

La Corte viene pronunciándose única y exclusivamente respecto de las solicitudes de libertad con apoyo en el numeral segundo del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 (numeral 2° del artículo 415 del C. de P.P.), en virtud a que en forma expresa el legislador dispone que la "libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista"; es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación. / El artículo 53 de la Ley 81 del corriente año atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal dificultad se la atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obren en el plenario, competencia que la Corte sólo tiene en casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente, ya que ello implicaría un pronunciamiento anticipado con violación del debido proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8573.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 113.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de diciembre de 1993.

Vistos

El procesado Héctor José Campos Bonilla, quien se halla detenido en la Cárcel Distrital de esta ciudad, con apoyo en el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, solicita la detención domiciliaria, en atención a que el delito por el que fue condenado tiene pena

privativa de la libertad inferior a cinco (5) años de prisión: su conducta y antecedentes de todo orden han sido excelentes circunstancias que permiten afirmar que no constituye ningún peligro para la sociedad el otorgamiento del beneficio reclamado y además porque la sentencia de segundo grado no se halla ejecutoriada al estarse surtiendo contra ella el recurso extraordinario de casación.

Consideraciones de la Corte

Ha sostenido reiteradamente esta Sala que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de libertad apoyadas en las prescripciones del numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 55 de la Ley 81 de 1993).

En efecto, la pretensión de Campos Bonilla consiste en que se le sustituya la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, apoyada en las prescripciones del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, lo cual no implica que se le considere como un beneficio de libertad, pues se trata del cambio de sitio de reclusión y además los motivos de excarcelación se encuentran taxativamente previstos en la ley.

La Constitución y la ley determinan la competencia de cada funcionario judicial y entre las funciones que le atribuyen a la Corte no está la de atender peticiones de la naturaleza ya indicada.

La Corte viene pronunciándose única y exclusivamente respecto de las solicitudes de libertad con apoyo en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 (numeral 2º del artículo 415 del C. de P. P.), en virtud a que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista"; es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

El artículo 53 de la Ley 81 del corriente año atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición cinco (5) años de prisión o menos. Pero no por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se la atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obren en el plenario, competencia que la Corte sólo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, ya que ello implicaría un pronunciamiento anticipado con violación de debido proceso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de considerar la petición del procesado Héctor José Campos Bonilla, consistente en que se le sustituya la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA
(Salvamento de Voto)

Aun cuando no se trata de una excarcelación, porque el procesado de todas maneras quedaría privado de la libertad, no se puede negar que la "detención domiciliaria" constituye un beneficio para el detenido. Y si por lo que acaba de expresarse no cabe duda alguna de que se está en presencia de una ley favorable, por mandato constitucional (artículo 29) y legal (artículos 6º del Código Penal y 10 del Código de Procedimiento Penal) ha debido dársele aplicación retroactiva. Pero la mayoría de la Sala, con su determinación, privó al procesado de este derecho, sólo porque entre las funciones de la Corte no está expresamente prevista la de resolver esta clase de solicitudes.

No puedo compartir la decisión mayoritaria de la Sala al abstenerse "de considerar la petición del procesado Héctor José Campos Bonilla, consistente en que se le sustituya la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria".

Según el criterio de la mayoría, la solicitud debía desatenderse por carecer la Corte de competencia para resolverla, ya que entre las funciones que por Constitución y ley se le señalan "no está la de atender peticiones de la naturaleza ya indicada".

Es claro para el suscrito que si se atiende a criterios constitucionales desarrollados por la ley, la Corte sí tenía competencia para pronunciarse, favorable o desfavorablemente, sobre la petición formulada.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que aun cuando no se trata de una excarcelación, porque el procesado de todas maneras continuaría privado de la libertad, no se puede negar que la "detención domiciliaria" constituye un beneficio para el detenido.

Y si por lo que acaba de expresarse no cabe duda alguna de que se está en presencia de una ley favorable, por mandato constitucional (artículo 29) y legal (artículos 6º del Código Penal y 10 del Código de Procedimiento Penal) ha debido dársele aplicación retroactiva. Pero la mayoría de la Sala con su determinación privó al procesado de este derecho, sólo porque entre las funciones de la Corte no está expresamente prevista la de resolver esta clase de solicitudes.

Olvidó la mayoría al razonar de esta manera que la misma Constitución garantiza "el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia" (artículo 229), y ordena también que en las actuaciones judiciales "prevalecerá el derecho sustancial" (artículo 228).

Parece que la Corte no hubiera advertido que si bien la "detención domiciliaria" estaba consagrada en el C. de P. P. desde que se inició su vigencia (artículo 396), el solicitante invoca no el texto original sino el modificado en virtud del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, que, dada la fecha en que empezó a regir (2 de noviembre de 1993), jamás pudo demandar su aplicación durante las instancias. Y resulta que ahora, ante la tesis de la mayoría, tampoco puede hacerlo, porque la Corte no es competente.

En mi sentir, con la decisión que no comparto se ha impedido al procesado el acceso a la administración de justicia, con manifiesto desconocimiento de la Constitución. El tiene un derecho, pero no puede hacerlo efectivo, porque la Corte se abstiene de cualquier pronunciamiento. Y como el proceso permanece en la corporación y mientras tanto nadie más tiene competencia sobre este asunto, por sustracción de materia el procesado tendrá que limitarse a ver cómo en su caso prevalece la forma sobre la sustancia, con desconocimiento claro del otro principio constitucional ya mencionado, que consagra también el Código de Procedimiento Penal como una de sus normas rectoras: "Finalidad del procedimiento. En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad".

Por todo lo anterior sigo considerando que para permitirle al procesado el acceso a la administración de justicia y para que pudiera prevalecer "el derecho sustancial sobre el adjetivo", la Corte, que tiene el proceso y la competencia sobre el raismo, debió haber hecho un pronunciamiento de mérito en relación con la solicitud formulada.

Guillermo Duque Ruiz.

Magistrado.

DETENCION DOMICILIARIA

(Salvamento de Voto)

La petición formulada por el procesado consiste en la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue impuesta -detención preventiva por detención domiciliaria-, solicitud que no podía resolverse simplemente aduciendo incompetencia de la Corte, ya que eso deja en el limbo el interés del acriminado, pues no se define a quién corresponde entonces pronunciarse, dando como resultado que es una petición que se queda sin respuesta porque no hay funcionario que pueda darla./ De otra parte, por la misma razón de ser una sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, creo que la Sala, a cuyas órdenes está privado de la libertad el acusado, tiene competencia para decidir y debía hacerlo, con mayor razón puede sobre el cambio de la modalidad de detención.

Como no comparto la decisión tomada, respetuosamente manifiesto las razones de mi inconformidad:

De acuerdo con el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "son medidas de aseguramiento para los imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

Esto implica que la petición formulada por el procesado consiste en la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue impuesta -detención preventiva por la de detención domiciliaria-, solicitud que no podía resolverse simplemente aduciendo incompetencia de la Corte, ya que eso deja en el limbo el interés del acriminado, pues no se define a quién corresponde entonces pronunciarse, dando como resultado que es una petición que se queda sin respuesta porque no hay funcionario que pueda darla.

De otra parte, por la misma razón de ser una sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, creo que la Sala, a cuyas órdenes está privado de la libertad el acusado, tiene competencia para decidir y debía hacerlo, pues si le es posible otorgar libertad provisional, con mayor razón puede conocer sobre el cambio de la modalidad de detención.

No habiendo entrado la providencia aprobada a tratar de fondo el tema propuesto, el salvamento de voto no puede ir más allá de lo plasmado en el auto, porque quedaría

como una anticipación de mi concepto sobre algo que la colegiatura se abstuvo de abordar.

Ricardo Calvete Rangel,

Magistrado.

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

La acción de revisión no es un simple alegato de instancia en el que el accionante tiene la libertad para proponer la reapertura del debate probatorio sobre los mismos elementos de juicio tenidos en cuenta en las instancias para el fallo adverso a sus intereses. Su especialísima misión de remediar un ostensible y cierto error judicial, desquiciando la cosa juzgada, obliga a su proponente a cumplir con una serie de requisitos formales, entre los que se encuentra el de presentar la causal que invoca acompañada de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud. / Esta acción especialísima posee un ámbito circunscrito específicamente a las causales pergueñadas en la normatividad. / Las providencias quedan en firme sólo cuando se han agotado los trámites procesales, entre ellos la resolución de los recursos, sean ellos favorables o no a quien los promueve, pues mientras el superior decide, el proveído queda en suspenso. / La causal quinta permite la revisión del proceso si se demuestra que el fallo se fundamentó en una prueba falsa, como, por ejemplo, cuando la prueba de cargo se basa en las deposiciones que luego se demuestra eran mendaces.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Revisión número 8939.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 113.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de diciembre de 1993.

Vistos

Decide la Sala sobre si la demanda de revisión presentada por el apoderado de Carlos Augusto Ocampo Gallego reúne los requisitos formales para ser declarada ajustada a derecho.

Antecedentes

El diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983) el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Calarcá (Quindío) condenó a varias personas, entre ellas al accionante, como presuntos responsables de un delito de secuestro extorsivo.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Armenia desató la alzada el trece (13) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Contra este fallo se interpuso el recurso extraordinario de casación, declarándose su improsperidad por razones de técnica. Según constancia dada por el *a quo* la sentencia quedó en firme el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Años después, el veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), el procesado Ocampo Gallego fue detenido y recluido en un centro carcelario. Ante este Despacho Judicial y luego ante el Tribunal Superior de Armenia, el apoderado de Ocampo elevó sendas peticiones de libertad argumentando la prescripción de la pena. Según su parecer, la sentencia quedó ejecutoriada el veintiuno (21) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), fecha en la que se fijó el edicto para notificar el fallo de segunda instancia y no el dieciocho (18) de agosto del mismo año, fecha en la que se notificó por estado el auto que declaró desierto el recurso de casación.

La Demanda

Con fundamento en las causales quinta y sexta de revisión, el recurrente formula los siguientes reproches.

Primero

En lo que enuncia como "nomenclatura de fundamentación" señala el cambio paulatino que ha hecho la Corte de la referida "nomenclatura del tipo penal" admitiendo que cuando no cumplen los fines perseguidos por sus autores se les cabe tener como delitos tentados, aunque adelante advierte que no se le reconoce el dispositivo amplificador al secuestro, hecho que motiva su rechazo.

Prosigue su razonamiento señalando la escasa prueba de cargo que milita en contra de su poderdante, analizando algunos elementos acriminatorios para predicar que el comportamiento endilgado a su representado cabe dentro del terreno de la tentativa. Por consiguiente, estima "...que la revisión solicitada debe ser motivo del análisis pertinente en razón a que no se han valorado circunstancias que no están dentro del proceso cuando se condenó a mi poderdante y que a lo largo de estudios se han ido puliendo por la honorable Corte Suprema de Justicia...".

Terminado este pensamiento inicia otro aparte al que titula "Ejecutoria de la sentencia", rememorando la petición de libertad que le hiciera al Juzgado Primero Penal del Circuito de Calarcá (Quindío) y al Tribunal Superior de Armenia con el argumento de que la sentencia había quedado ejecutoriada cuando se notificó por edicto el fallo de segunda instancia y no cuando se hizo lo propio por estado del auto que declaró desierto el recurso de casación.

Asegura que sus argumentos no fueron tenidos en cuenta y cita al efecto un auto de esta Sala en el que se aclara que las providencias judiciales no tienen una ejecutoria sectorizada, por lo que sólo quedan en firme cuando se notifica de su contenido al último de los intervinientes en el proceso. No obstante, considera el revisionista, en el fallo de primera instancia se vislumbra una "sectorización", lo cual incidió "...en la prolongación de los términos y de consiguiente en la acumulación del tiempo para la operancia de la prescripción de la pena...".

Finalmente, llama la atención sobre la notificación personal que se le hiciera a su representado del fallo condenatorio de primer grado, hecho indicativo de que "...no había

necesidad de fijarse la condena mediante 'edicto', así se tratase de persona ausente...". En las mismas condiciones "...se fijó la sentencia de segundo grado, desmembrando el efecto real de las notificaciones y dando de paso amplitud para que los otros intervinientes aumentasen el término para proponer el recurso extraordinario de casación...".

Segundo cargo

Fundamenta la objeción en la causal quinta de revisión, presentando como fundamento la carencia de razón jurídica que tenían los recursos que elevaron los sindicados "...*puesto que los términos la impugnación se encontraban vencidos* y por lo tanto tenían que ser desestimados en la segunda instancia e inclusive cuando subió a la honorable Corte por la vía extraordinaria".

En lo que hace a la demostración de la causal, el revisionista examina con detalle los pasos que siguió el *a quo* para notificar la sentencia condenatoria, transcribiendo un concepto doctrinario para advertir que el plazo "...para presentar alegatos y remitirse el proceso a la segunda instancia..." ya había precluido. Por consiguiente, al "desbordarse" los términos procesales "...y siendo inexistente por lo tanto el estudio que se hizo por parte del Tribunal, en razón de que, como ya se anotó, los términos ya habían precluido para proponer el recurso de alzada".

Por último y como "consideración final" el demandante asegura que su libelo demuestra que su poderdante careció "...de una defensa justa y real, inclusive, violándose el artículo 29 de la Constitución Nacional, y la presunción de inocencia en un juicio justo y real habiéndosele condenado por un acto del cual no hay elementos probatorios suficientes para conducir a la certeza en cuanto a su participación, se le privó de la libertad cuando ya la acción del Estado no tenía cabida, puesto que la pena ya había prescrito..."

La Corte

1. Pese a lo extenso del escrito, a las múltiples facetas que examina, a los variados intentos que hace el accionante para defender a su cliente, en fin, a los argumentos, citas, análisis, etc., no logra el cometido buscado al proponer la acción de revisión. En vez de centrarse en las causales aducidas y en redelor de ellas exponer las razones que lo llevaron a su invocación, tuerce su camino al dedicarse exclusivamente a convencer a la Sala de que su poderdante es inocente.

2. Como muchas veces se ha dicho, la acción de revisión no es un simple alegato de instancia en el que el accionante tiene la libertad para proponer la reapertura del debate probatorio sobre los mismos elementos de juicio tenidos en cuenta en las instancias para el fallo adverso a sus intereses.

Su especialísima misión de remediar un ostensible y cierto error judicial, desquiciando la cosa juzgada, obliga a su proponente a cumplir con una serie de requisitos formales, entre los que se encuentra el de presentar la causal que invoca acompañada de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

3. Temprano, cuando apenas han corrido los primeros renglones, el libelo se aparta de estas preceptivas. En vez de determinar la actuación procesal cuya revisión demanda, dedica diecisiete hojas a tratar de probar que su defendido es ajeno a los hechos que se

le endilgan, buscando desvirtuar la prueba indiciaria y testimonial, así como criticando los argumentos de los falladores, dando las explicaciones que cree convenientes sobre el comportamiento de Ocampo, tildándolas de buena fe, mientras califica de simples sospechas los elementos de juicio que motivaron su condena, advirtiendo, por último, sobre cómo el rematado careció de una idónea defensa técnica.

Inadecuada presentación de una sinopsis procesal que, como lo advierte la normatividad, debe ceñirse a la simple exposición de los hechos que se declararon probados en el proceso y de las actuaciones judiciales que lo desarrollaron. Realizar una controversia sobre ellos desvía el libelo hacia terrenos ajenos a la acción de revisión, convirtiéndolo en un simple alegato de instancia, sin otra finalidad que manifestar la inconformidad de su signatario. Recuérdese que esta acción especialísima posee un ámbito circunscrito específicamente a las causales perqueñadas en la normatividad. Solamente al final aborda el tema de la prescripción de la pena, brindando una serie de razonamientos cuyo lugar natural es en la presentación y desarrollo de las causales. Sin embargo, podrían aceptarse como premisas de su estudio.

4. No obstante, al entrar en materia, tampoco la precisión acompaña las palabras del accionante. Obsérvese la primera causal invocada. Es la sexta de las enumeradas en el artículo 232 del C. de P. P. Su introducción fue una novedad del nuevo estatuto procedimental.

Merced a ella se permite que los cambios jurisprudenciales influyan sobre las sentencias judiciales siempre que favorezcan al condenado, para lo cual se exige que versen sobre los fundamentos que se tuvieron en cuenta para sustentar el fallo condenatorio; es decir, que la variación del criterio jurídico debe permitir la absolución del reo, pues el cambio ataca los fundamentos que permitieron predicar su responsabilidad.

Sin embargo, el revisionista apenas esboza que la Corte "...ha ido cambiando la nomenclatura (?) del tipo penal..." al permitir que cuando los delincuentes no cumplen con sus objetivos deben tenerse como delitos tentados. En primer término, cabe resaltar la notoria imprecisión al presentar el fenómeno, tildándolo de "nomenclatura" o, lo que es lo mismo, de denominación, señalamiento que nada tiene que ver con el tema que, como se ve, trata sobre un dispositivo amplificador del tipo y no sobre su *nomen iuris*.

Ahora bien, recuérdese que la causal aducida es la sexta, por lo que debe exponer los fundamentos de hecho y de derecho que le permiten invocarla. Por consiguiente, su obligación es mostrar cuáles fueron los fundamentos de la sentencia condenatoria, sobre qué criterios jurídicos defendidos por la Corte en aquel momento se edificaron y cuál es ahora el nuevo pensamiento de la Colegiatura sobre el particular, de tal magnitud favorable a los intereses del demandante que permite desquiciar la sentencia ejecutoriada y revisar la actuación.

Sin embargo, se dedica a recordar la polémica que sobre el particular ha sostenido la Corte sobre el delito de extorsión y en lo referente al secuestro extorsivo apenas transcribe un reciente fallo de la Colegiatura en el que se descarta la figura de la tentativa, lo que motiva al accionante para descalificar esta postura por considerar que, por consiguiente, "...estaría sobrando dentro del derecho la figura de la tentativa...". ¿Dónde -se pregunta la Corporación- se encuentra la reforma jurisprudencial que favorece al

rematado? Según las palabras del propio actor, por el contrario, la Sala continúa encasillando al tipo del secuestro extorsivo dentro de la especie de los de mera conducta, por necesitarse apenas el simple propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad, para su consumación.

Ausentes se encuentran, por tanto, los fundamentos de hecho y de derecho que exige la normatividad. Y la confusión del libelista prosigue cuando acomete lo que él llama la "demostración de la causa" (antes el acápite lo había denominado "nomenclatura de fundamentación"), pues según su parecer "...no se han valorado circunstancias que no están dentro del proceso...", indicativo de que tal vez quiera referirse a la existencia de un hecho o prueba nuevos, materia de otra causal.

Sin embargo, pese a que la causal aducida es la sexta, acomete el tema de la ejecutoria de la providencia para sostener que las sentencias quedan ejecutoriadas cuando se notifican a las partes, independientemente de la interposición de cualquier tipo de impugnación. De nuevo la Sala se pregunta si es que acaso ha habido alguna mutación de su pensamiento jurídico sobre el particular, dándole la razón al revisionista. Pero no. Lo que persigue éste es demostrar su aserto independientemente de lo que piense la Corporación sobre ello.

Como bien se ve, lo primero que se observa es el desatino en que incurre al proponer esta tesis, olvidando que las providencias quedan en firme sólo cuando se han agotado los trámites procesales, entre ellos la resolución de los recursos, sean ellos favorables o no a quien los promueve, pues mientras el superior decide, el proveído queda en suspenso. Pero, aparte de eso, incumple con la preceptiva formal de presentar los fundamentos referentes a la causal que invoca, pues únicamente se dedica a plantear sus propias inquietudes, ajenas por completo a la causal sexta.

5. El segundo cargo es del mismo tenor. Su fundamento es la causal quinta, esto es, la que permite la revisión del proceso si se demuestra que el fallo se fundamentó en una prueba falsa, como, por ejemplo, cuando la prueba de cargo se basa en las deposiciones que luego se demuestra eran mendaces.

Pero una cosa son las probanzas, pues ellas fueron el soporte de la decisión que declaró la responsabilidad del encartado, y otra cosa, los errores en lo que se refiere al trámite del proceso. En este punto, el tropiezo del revisionista es ostensible, pues se dedica a demostrar que la concesión del recurso de apelación se hizo extemporáneamente por lo que el superior no adquirió la competencia para desatar la alzada. Con ello coloca la ejecutoria de la sentencia cuando se surtieron las notificaciones en la primera instancia.

Si alguna irregularidad cabía en este aspecto, esta acción no era el camino para corregirla. Su lugar idóneo era el recurso de casación, por la vía de la causal tercera. Por consiguiente, la fundamentación que exige la normatividad como apoyo a esta causal quinta tampoco se presenta, lo que indica la impertinencia de la alegación.

6. Por tanto, al no presentar una adecuada síntesis de la actuación procesal, dedicarse a controvertir los elementos de juicio que tuvo el fallador para proferir el fallo materia de la acción, no enseñar los fundamentos de hecho y de derecho de las causales que adu ce y, finalmente, no exponer las pruebas que permiten demostrar las causales invocadas indican manifiestamente el incumplimiento de los requisitos formales que debe

contener el escrito en el que se promueve la acción de revisión, contenidos en el artículo 234 del estatuto procedimental. Por tanto, impera su rechazo *in limine* y, en consecuencia, se declarará desierta la acción.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada por el apoderado de Carlos Augusto Ocampo Gallego, por no reunir los requisitos formales prescritos en el artículo 234 del C. de P. P. En consecuencia, declarar desierta la acción impetrada.

Notifíquese y cúmplase.

En firme, archívese el expediente.

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

Carlos A. Cordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / TERRITORIO / COMPETENCIA A PREVENCION

La competencia por razón del territorio se radica en el Juez del lugar donde se realiza el hecho punible. A partir de esta premisa general, cuando se trata de delitos que afectan el patrimonio económico a efectos de fijar la competencia por este factor, deberá mirarse exclusivamente el lugar donde físicamente se produce la apropiación ilegal, independientemente de consideraciones sobre la forma como se tuvo acceso a la cosa. Ello porque en ese específico sitio donde se produce la concreta lesión a dicho bien jurídico, por el apoderamiento del objeto que es la hipótesis comportamental recogida en el respectivo tipo. / Cuando el lugar de comisión del hecho punible es incierto, el conocimiento del proceso queda regido por la llamada "competencia a prevención" a que se refiere el artículo 80 del C. de P. P. Será, entonces, competente -cuando de estos eventos se trata- el Juez donde primero se haya formulado la denuncia o donde primero se hubiese proferido resolución de apertura de instrucción, siempre que también lo sea por naturaleza misma del hecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión Radicación número 8943.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 113.

Santafé de Bogotá, D. C., 2 de diciembre de 1993.

Vistos

Dirime la Corte el conflicto de competencia trabado entre los Juzgados Primeros Penales de los Circuitos de Neiva y Armenia.

Antecedentes

1. Según denuncia penal formulada por Orlando Fierro Córdoba, administrador del Molino Rionegro de la ciudad de Neiva, el 30 de noviembre de 1990 le fue entregado al conductor Pedro Leonardo Sanabria Navas un cargamento de arroz -920 arrobas-

avaluado en $2.302.300, que transportaría en el camión de placas SN 5802 afiliado a la Empresa Transportes Guaviare hasta la localidad de Aranzazu (Caldas), para ser entregado al comprador Jesús M. Restrepo. Como la carga no llegó a su destino en ninguna de las fechas previstas para ello -diciembre 1ª y 2 de 1990-, se procedió a formular la denuncia penal, génesis de este averiguatorio.

2. La investigación penal fue iniciada formalmente por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal radicado en la ciudad de Neiva, mediante providencia de diciembre 11 de 1990, en razón no sólo a que en dicha ciudad se dio la *notitia criminis*, sino en atención a que se carecía de referencias precisas sobre el lugar de comisión del hecho denunciado. Ya en funcionamiento la Fiscalía General de la Nación, correspondió a la Fiscalía 8ª Especializada de Neiva la calificación del mérito sumarial, quien profirió resolución acusatoria contra el procesado Pedro Leonardo Sanabria Navas por el delito de hurto agravado por la concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales 2º del artículo 351 y 1º del artículo 372 del Código Penal. Desde entonces se dispuso la remisión de las diligencias al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, "para el juzgamiento".

3. El Juzgado 1º Penal del Circuito de Neiva, luego de ordenar y recepcionar declaraciones sobre la capacidad económica del procesado Pedro Leonardo Sanabria Navas y adoptar decisiones relativas a su libertad, actos procesales indicativos de que inicialmente avocó el conocimiento del presente proceso, resuelve declarar que no es competente para continuar con el conocimiento de esta causa, básicamente porque en su criterio está demostrado que el hecho punible por que se procede tuvo ocurrencia en la ciudad de Armenia, donde al parecer se dio en venta parte del producto sustraído -arroz- y en donde según el sindicado entregó la carga y el camión al propietario de este último. Al ordenar la remisión de las diligencias a los Juzgados de Armenia, se propone colisión de competencia negativa.

4. A su turno, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia rechaza la competencia, aduciendo que como en el presente caso "hay ausencia de prueba que conlleve sin lugar a dudas a establecer efectiva y realmente el lugar y momento donde se consumó la sustracción o apoderamiento", la radicación del conocimiento de este proceso debe regirse por las previsiones del artículo 80 del C. de P. P. Le resta credibilidad al dicho del sindicado, quien alega que en Armenia se deshizo de la carga y del automotor, porque ésta no es sino una disculpa defensiva sin corroboración en autos. Y en cuanto a las referencias de que en la misma ciudad se dio a la venta parte del arroz sustraído, anota que es apenas una mera probabilidad, con base en la cual no se puede discutir la competencia por el factor territorial, como lo pretende su homólogo de la ciudad de Neiva.

La Corte

1. La competencia por razón del territorio se radica en el juez del lugar donde se realiza el hecho punible. A partir de esta premisa general, tiene dicho la Corte que cuando se trata de delitos que afectan el patrimonio económico a efectos de fijar la competencia por este factor, deberá mirarse exclusivamente el lugar donde físicamente se produce la apropiación ilegal, independientemente de consideraciones sobre la forma como se tuvo acceso a la cosa. Ello, porque es en ese específico sitio donde se produce la concreta lesión a

dicho bien jurídico, por el apoderamiento del objeto que es la hipótesis comportamental recogida en el respectivo tipo.

2. Cuando el lugar de comisión del hecho punible es incierto, el conocimiento del proceso queda regido por la llamada "competencia a prevención" a que se refiere el artículo 80 del C. de P. P. Será, entonces, competente cuando de estos eventos se trata el juez donde primero se haya formulado la denuncia o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, siempre que también lo sea por la naturaleza misma del hecho.

3. En el caso sometido a estudio, es claro que los elementos de juicio allegados no arrojan certeza sobre el ámbito espacial donde se consumó el atentado al patrimonio económico denunciado por Pedro Leonardo Sanabria Navas. Se cuenta, eso sí, con datos precisos sobre el lugar donde el cargamento de arroz le fue entregado al sindicado (la ciudad de Neiva) y aquel hasta donde debía transportarlo (la población de Aranzazu). Pero nada más. Porque las referencias sobre posible comisión del hecho en la ciudad de Armenia son vagas e imprecisas. El denunciante oyó decir que en esta ciudad se estaba vendiendo parte del producto sustraído -arroz-, pero tal hecho no recibió comprobación. El sindicado dice que allí entregó la carga al propietario del automotor en que se transportaba, pero ésta es apenas una hipótesis defensiva sin corroboración en autos y hasta ahora no ha tenido acogida porque a pesar de ella, al sindicado se lo afectó con resolución acusatoria por el delito de hurto, agravado por razón de la confianza depositada por el dueño del producto y en atención a la cuantía superior a $100.000.

4. Frente al panorama probatorio sobre el sitio de comisión del atentado contra el patrimonio económico de la firma Molinos Rionegro, impera incluir que en este conflicto la razón está de parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia. La radicación de competencia debe regirse exclusivamente por las prescripciones del artículo 80 del C. de P. P., atendiendo bien al lugar donde primero se formuló la denuncia, ora donde primero se dio inicio formal a la instrucción.

5. Para la Sala basta en la solución del problema jurídico planteado considerar que como en la ciudad de Neiva se formuló la denuncia penal origen de este proceso (folio 1º) y allí mismo se profirió el auto cabeza de proceso por el entonces Juzgado 16 de Instrucción Criminal (folio 4), la competencia para el trámite de la causa corresponde al Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad. Apareciendo incierto el lugar de comisión del hecho y conjugándose en este caso dos de las hipótesis previstas en el artículo 80 del C. de P. P., el conocimiento a prevención aparece como un imperativo insoslayable para el Juzgado Primero Penal de Neiva, Despacho al cual serán remitidas directamente las diligencias, para lo de su cargo. Copia de esta decisión se le enviará al Juez Primero Penal del Circuito de Armenia, para su información.

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

RESUELVE:

Primero. Dirimir el conflicto de competencia propuesto, asignando el conocimiento de este proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, por las razones consignadas en la anterior motivación.

Segundo. Remitir copia de esta decisión al Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, 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, Jorge Enrique Valencia M., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

Actualmente el accionante (la revisión es hoy día una acción, no un recurso como antes) está obligado a alegar de conclusión. La ley consagró esta carga procesal a manera de sustentación de la acción. De suerte que si el accionante no sustenta, la acción debe declararse desierta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8179. Revisión.

Aprobado Acta número 113 diciembre 2/93.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Santafé de Bogotá, D. C., 3 de diciembre de 1993.

La Sala declarará desierta la acción de revisión promovida contra la sentencia de 16 de septiembre de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (Nariño) condenó a Julián Pasquel Quiñones, y a otro procesado, a la pena principal de 16 años de prisión, por el delito de homicidio agravado.

Antecedentes

1. El Juzgado Superior de Tumaco condenó a Julián Pasquel Quiñones y Fulgencio Góngora Klínger, por el homicidio de Alejandro Quiñones Portes. El delito se consideró agravado por haber mediado el pago de dinero para su comisión. Apelada esa sentencia por el defensor del procesado Pasquel Quiñones, el Tribunal de Pasto la confirmó por medio de la suya de 16 de septiembre de 1991 (folios 357 y ss.)

Según dichos fallos, Julián Pasquel Quiñones contrató a Góngora Klínger 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, corregimiento de Tangarial de Mira, municipio de Tumaco. Varios disparos segaron la vida de Quiñones Portes.

2. Ejecutoriado el referido fallo, se presentó demanda de revisión con base en el numeral 3º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal; es decir, por existir hecho o prueba nueva en relación con la inocencia del sentenciado Pasquel Quiñones, a cuyo nombre se presentó la acción. A esa demanda se adjuntaron cuatro declaraciones extraproceso, recibidas por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto (folios 45 y ss.).

El demandante sostiene que el testigo principal de cargo, señor Adolfo Enrique Zambrano Cortés, de quien aporta declaración extraproceso, manifiesta "que fue presionado por autoridades del F 2, del Juzgado incluso, en la misma forma que niega el reconocimiento, que lo hizo bajo presión de las autoridades y de los familiares del occiso, para declarar que determinadas personas eran. Sostiene que le dieron nombres y datos para que así declarar (sic) en el Juzgado. ¿Se podrá mantener una condena con esa retractación y sobre todo con tales acusaciones?".

3. La Sala admitió la acción de revisión y solicitó el proceso correspondiente.

4. El accionante sustituyó el poder a un abogado de Santafé de Bogotá (folio 85), quien solicitó unas declaraciones, petición que reiteró cuando se abrió a pruebas este asunto (folios 85, 86, 88, 93).

La Sala, por auto de 4 de agosto último, negó las pruebas que se adujeron en la demanda, por no estar encaminadas a demostrar o poner en seria duda la responsabilidad de Pasquel Quiñones, como también las pedidas por el abogado sustituto, por no haber indicado qué se proponía probar con ellas.

5. Corrido el traslado para alegar, las partes guardaron silencio.

Se Considera

Del alegato en el anterior código

El artículo 237 del Código de Procedimiento Penal de 1987 decía:

"Traslado. Vencido el término probatorio, se dará traslado común por quince (15) días al recurrente o al agente del Ministerio Público y demás que hubieren intervenido en el proceso".

Ese término de ley se establecía para alegar de fondo, previo al proferimiento de la sentencia (artículo 238 *ibidem*).

Para entonces, la jurisprudencia precisó que únicamente se podía obviar dicho alegato cuando desde la propia demanda el motivo de revisión aparecía plenamente sustentado, por ejemplo si se trataba de un documento público debidamente aportado.

Dijo al respecto esta Sala en sentencia de 17 de marzo de 1988, con ponencia del Magistrado doctor Martínez Zúñiga:

"Excepción a la presentación de alegato. No obstante, ha afirmado la Sala en las precitadas decisiones (revisiones de 11-XX-70, 10-XX-81, 07-IV-81, 07-IV-82 y 12-IV-84) que 'por vía de excepción, en casos muy especiales, podrá el recurrente ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requieren ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse, v. gr., de documentos oficiales auténticos".

Posteriormente, se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1991, con ponencia del Magistrado doctor Torres Fresneda:

"De modo reiterativo e invariable ha venido insistiendo la Corte en la necesidad de que el impugnante en revisión dé cumplimiento a su deber de presentar en oportunidad la alegación de fondo en que funda su reclamo, según el rito de la acción extraordinaria lo demanda, artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, razonamiento orientado a concretar la pretensión frente a las novedades probatorias aducidas, cuya omisión priva a la Corte, salvo en casos de excepción, de la posibilidad de suplir la orientación que es propia de la exclusiva iniciativa del actor, señalando el sentido del debate y de la consecutiva decisión a que aspira.

"Con sobrada razón en tal sentido se sostiene que siendo la revisión el más exigente de los recursos, "...no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales, dentro de los cuales ocupa sitio preferente la alegación de fondo consecutiva al término demostrativo, porque ella se orienta... demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con técnica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar pruebas; es menester para el planteamiento completo sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso *sui generis* de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca" ".

Del alegato en el nuevo código.

El artículo 238 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/91, aplicable a este caso) dice:

"Traslado. Vencido el término probatorio, se dará traslado común de quince días a las partes para que aleguen, siendo obligatorio para el demandante hacerlo".

Como se acaba de subrayar, actualmente el accionante (la revisión es hoy día una acción, no un recurso como antes) está obligado a alegar de conclusión. La ley consagró esta carga procesal a manera de *sustentación de la acción*. De suerte que si el accionante no sustenta, la acción deberá declararse desierta, máxime que, como en el presente caso, se aportaron unas pruebas y se solicitaron otras.

Dado que, se repite, el accionante no cumplió con el anotado y ahora imprescindible requisito, la acreditada pretensión deberá ser declarada desierta.

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

RESUELVE:

Declarar *desierta* la acción de revisión promovida 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, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M., Edgar Saavedra Rojas (no firmó).

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION / RECUSACION

El Código de Procedimiento Penal tiene previstos mecanismos ágiles, eficientes y menos exceptivos que el cambio de radicación y que le permiten al afectado entrar a recusar -probando eso sí la causal- al funcionario si está convencido de su parcialidad y del motivo que la alienta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Cambio de radicación número 8044

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado en Acta número 111 noviembre 30/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 6 de diciembre de 1993.

Vistos

De plano decide la Sala el incidente de cambio de radicación propuesto por el doctor Edmundo Arturo Martínez en su condición de sindicado en proceso que por el delito de lesiones personales adelanta el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto, Nariño.

Antecedentes

El doctor Edmundo Arturo Martínez solicitó directamente al Juez Segundo Penal Municipal de Pasto el cambio de radicación del proceso que allí se le adelanta, petición despachada en auto del 28 de octubre último en que se dispuso el traslado del escrito a la Corte, previa reseña de las siguientes providencias de fondo proferidas dentro del proceso: medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de excarcelación, contra el solicitante y Hernán Velasco Aparez, por lesiones personales recíprocas. Resolución acusatoria en contra de los dos nombrados y preclusión de la investigación en favor de Rolando Alvarado Molina. Impugnada la anterior decisión por Martínez y el apoderado de Velasco le correspondió el asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, que le impartió confirmación mediante auto del 15 de diciembre de 1992. Para el 28 de octubre pasado estaba señalada la diligencia de audiencia pública que fue aplazada con motivo de la presente solicitud. Los hechos que dieron lugar al proceso no fueron referidos ni por el peticionario ni por el juez.

Argumenta el solicitante que siendo el otro procesado Hernán Velasco Aprácz, hijo del ex Magistrado de la Corte doctor José María Velasco Guerrero a quien la gran mayoría de los funcionarios de la Justicia de Nariño deben "agradecimiento perenne y el compromiso de reciprocidad del servicio" de por vida por la influencia que tuvo en sus nombramientos, no le es posible encontrar en ese departamento un juez "que logre escapar a este ámbito de parcialidad a que será sometido" y que le garantice un proceso equilibrado y justo, siendo viable el cambio de radicación a fin de preservar la imparcialidad.

En apoyo de su apreciación refiere cómo cuatro ex Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Pasto se han desempeñado como apoderados de Velasco Aprácz con tanta eficiencia, que Edmundo Arturo Martínez pasó de víctima a victimario. El juez que lo vinculó mediante indagatoria infructuosamente se declaró impedido y no siéndole aceptada su manifestación no pudo escapar a las influencias de sus ex nominadores poniendo en juego su carrera judicial "o sigue favoreciendo al hijo del ex Magistrado o la vindicta no se hará esperar". El mayor apoyo para su senaturía lo obtuvo el doctor Velasco Guerrero del poder judicial que sin distinción de partidos votó por él. También en el dolor el principal consuelo lo recibió del poder judicial de Nariño con motivo de la muerte del doctor Fabio Velasco Guerrero, pero en especial del Juez de su causa, Hernán Riascos Narváez, que concurrió con su Secretario a expresar su pesar a las familias Velasco Guerrero y Velasco Aprácz, igual proceder dice haber observado en otros dos duelos de estas familias.

Como pruebas presenta su propia declaración jurada ante Notario en la que manifiesta conocer al ex Magistrado de la Corte, a los ex Magistrados del Tribunal de Pasto que dice han defendido a Velasco Aprácz y se ratifica de lo narrado en su solicitud por cuanto "están demostrados en el proceso y son hechos ostensibles y públicos en el departamento de Nariño". Pide se otorgue valor de testimonio a su declaración extraproceso, se soliciten a la Corte y al Tribunal los nombramientos, actas de posesión y constancias del ejercicio del cargo de los ex Magistrados mencionados y del Juez Riascos Narváez.

Además, transcribe una cita contenida en la página 142 del Código de Procedimiento Penal del doctor Gustavo Gómez Velásquez, decisión del 5 de octubre de 1982 con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, relacionada con el tema.

Consideraciones de la Sala

La institución del cambio de radicación está legalmente fundamentada en el Capítulo V del Código de Procedimiento Penal (artículos 83 y siguientes) y procede cuando se prueben "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal" en el territorio donde se adelanta el proceso.

Eventualidades éstas de tal rango de incidencia que no pueden probarse válidamente con suposiciones o conjeturas, pues resulta necesario que el solicitante acompañe a su personal apreciación elementos de juicio objetivos y veraces, revestidos de tanta eficacia, que permitan al funcionario que resuelve el incidente confirmar, sin lugar a equivocarse, su real existencia.

En el presente caso para la Corte es un hecho notorio, que no requiere prueba adicional, la condición de ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del doctor José María Velasco Guerrero. Pero de ahí en adelante las demás afirmaciones del libelista debieron ser probadas sobre todo aquellas que directamente se refieren a la imparcialidad o independencia de la administración de justicia. No basta su opinión, así esté refrendada por la gravedad del juramento, pues el sentimiento, afecto o expresión de solidaridad que pueden socavar la objetividad del funcionario sobrepasan la simple admiración, el aprecio o el trato social con la persona destacada o sobresaliente, y tienen entidad cercana a la dependencia que se transforma en actos perceptibles a terceros, distintos de la expresión de solidaridad y de pesar que se estimula ante un duelo.

Tampoco el apoyo profesional que el hijo del doctor Velasco Guerrero pueda recibir de abogados que en otro momento pudieron haberse desempeñado como Magistrados del Tribunal de Pasto reviste incidencia determinante sobre los factores ya citados, pues no son estos profesionales quienes administran justicia, tampoco se les demuestra un ascendiente o poder de nominación sobre los jueces, y en su actual condición carecen, al igual que el doctor Velasco Guerrero, de la potestad funcional que alguna vez tuvieron, con mayor razón si las designaciones dentro de la judicatura obedecen desde hace ya varios años al concurso de méritos por encima de cualquiera de las subjetivas sugerencias del solicitante.

Además, el Código de Procedimiento Penal tiene previstos mecanismos ágiles, eficientes y menos excepcivos que el cambio de radicación y que le permiten al afectado entrar a recusar -probando eso sí la causal- al funcionario si está convencido de su parcialidad y del motivo que la alienta.

No siendo viable el cambio de radicación planteado, conforme está aquí expresado, corresponde a esta Colegiatura declarar su improcedencia.

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

RESUELVE:

Denegar el cambio de radicación solicitado por el doctor Edmundo Arturo Martínez en nombre propio.

Cúmplase y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA

Durante el trámite del recurso de casación la ley no tiene prevista etapa probatoria que le permita a la Corte desatar la impugnación extraordinaria con base en pruebas distintas de las legalmente producidas en el informativo. Su labor se contrae a confrontar la sentencia de segundo grado con las pruebas obrantes en el proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8443.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 114.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 1993.

Vistos

En providencia calendada el 23 de noviembre del corriente año, la Corte negó al procesado Angel Custodio Rojas, quien se halla detenido en el centro de reclusión para miembros de la Policía Nacional en Facatativá, el beneficio de excarcelación incondicional que demandara ante la injusta privación de la libertad, pues los verdaderos responsables del hecho por el cual se le acusa, se hallan capturados y a disposición de la Fiscalía Sexta Especializada del Grupo de Vida de la ciudad de Florencia (Caquetá).

En esta oportunidad pretende que las pruebas (testimonios e indagatorias) que se han producido en la investigación mencionada, sean trasladadas a este informativo para el conocimiento de la Corte, pues ello implica el reconocimiento de su inocencia frente al hecho por el cual fue condenado.

Consideraciones de la Corte

Durante el trámite del recurso de casación la ley no tiene prevista etapa probatoria que le permita a la Corte desatar la impugnación extraordinaria con base en pruebas distintas de las legalmente producidas en el informativo. Su labor se contrae a confrontar la sentencia de segundo grado con las pruebas obrantes en el proceso, de acuerdo con lo alegado en la correspondiente demanda, en los eventos de los numerales 1º y 2º del

artículo 220 del Código de Procedimiento Penal o de la actuación procesal cumplida en tratándose del numeral 3º de la citada disposición.

La pretensión del procesado resulta inconducente y, por lo tanto, la Sala la denegará.

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

Niega la pretensión del procesado Angel Custodio Rojas relacionada con el traslado de pruebas.

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

Carlos A. Cordillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

La condena de ejecución condicional puede ser otorgada en una de estas tres oportunidades: en la sentencia de primera instancia porque el Juez la considera procedente; en la de segundo grado cuando al resolver la impugnación o la consulta el superior mantiene la condena pero revoca la negativa del beneficio y en sede de casación en el evento que habiendo sido expresamente alegada prospere la demanda en ese sentido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Proceso número 8651.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 124.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 1993.

Vistos

El procesado Luriel López Muñoz, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 81 de 1993 solicita el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, porque la pena mínima prevista en la respectiva disposición penal no excede de cinco (5) años de prisión, para lo cual dice acompañar copia de la cartilla biográfica, cómputos de trabajo y certificado de conducta, documentos que no fueron adjuntados a su petición.

Consideraciones de la Corte

La condena de ejecución condicional, conforme al criterio reiterado de la Corte, puede ser otorgada en una de estas tres oportunidades: en la sentencia de primera instancia porque el juez la considera procedente; en la de segundo grado cuando al resolver la impugnación o la consulta el superior mantiene la condena pero revoca la negativa del beneficio y en sede de casación en el evento que habiendo sido expresamente alegada prospere la demanda en ese sentido.

Sobre el tema la Sala en providencia de fecha 2 de los corrientes mes y año, precisó:

"Dentro de los beneficios del aludido nuevo artículo 369-B del Código de Procedimiento Penal está, en el inciso segundo, consagrado como posible el subrogado en

mención para el condenado que *al rendir testimonio confiesa libre y espontáneamente su participación en hechos punibles y colabore para la eficacia de la administración de justicia*, previo acuerdo con el Fiscal, si el mínimo de la pena por el delito más grave no excede de cinco años de prisión, pero en ningún caso podrá implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena.

"El mismo precepto, además de señalar el procedimiento por seguir, establece como factores determinantes de contribución a la eficacia de la administración de justicia: la incriminación de autores o partícipes del hecho o hechos punibles; la prevención de la comisión de delitos; la identificación, localización o captura de los autores o partícipes; la desarticulación de organizaciones criminales y la obtención de pruebas de responsabilidad. También para la dosificación del beneficio cuentan la contribución a la identificación de fuentes de financiamiento de organizaciones delictivas, la incautación de bienes destinados a ese fin y la entrega de bienes e instrumentos con los que se haya cometido el delito.

"La intervención del Fiscal General de la Nación o el que éste designe, en la forma establecida, procede cuando las condiciones previstas concurren dentro de la órbita de competencia de dicha institución, mas no cuando el proceso, por razón de la calificación ejecutoriada, ha hecho tránsito a la instancia del juzgador, donde el Fiscal es apenas uno más de los sujetos procesales y solamente puede proponer al juez el reconocimiento de beneficios, quedando éste en libertad de acogerlos o no.

"Como es obvio, de ahí se infiere que el acuerdo con base en el artículo 369-B solamente es posible en la etapa instructiva, pues resulta absurdo suponer que estando un proceso en la fase de juzgamiento pueda retrotraerse la actuación para devolver la competencia al instructor con ese propósito. Distinto es el régimen para la colaboración concomitante o posterior al juzgamiento, pero ése no es el caso planteado...

"Si en ese período no hubo acuerdo en la forma y bajo las circunstancias previstas, el sentenciador, en cualquiera de las instancias, está en libertad de resolver conforme a su criterio los beneficios allí enunciados susceptibles de concesión en el fallo de condena, como ocurre con la ejecución condicional de la pena. Pero si tales beneficios fueron expresamente incluidos en un pacto oportunamente suscrito y por su naturaleza estaban supeditados al evento de una sentencia condenatoria, necesariamente tienen carácter vinculante para el juez que la profiera, pero, igualmente, en ésta y no en oportunidad anticipada.

"Para el presente año, que resulta ajeno a la posible intervención del Fiscal porque antes de existir la norma ya había superado no solamente la etapa instructiva sino también la de juzgamiento, como no existe acuerdo vinculante, por sustracción de materia, el beneficio de la ejecución condicional de la pena continúa sometido al resultado del recurso extraordinario de casación...".

En consecuencia, debe la Corte abstenerse de hacer cualquier pronunciamiento al respecto, pues a todas luces resultaría prematuro.

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

Se abstiene de considerar la petición que elevara el procesado Luriel López Muñoz, relacionada con la condena de ejecución condicional.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / FISCALIA / COMPETENCIA

La estructura de la Fiscalía cuenta con diversos niveles de organización en forma tal, que los recursos e incidentes que se presenten dentro de esta etapa de investigación son conocidos y resueltos por los mismos funcionarios de la Fiscalía, sin intervención de los jueces. En estas condiciones, los conflictos de competencia que se susciten entre fiscales instructores serán resueltos por los respectivos superiores. / Como consecuencia de lo anterior, es lógico y jurídico dentro del sistema imperante que las colisiones de competencia que puedan suscitarse entre un Fiscal Delegado o Fiscal Regional deban ser resueltas por los respectivos superiores dentro de la órbita de la Fiscalía General.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión número 8982.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 114.

Santafé de Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 1993.

Vistos

El Juzgado Promiscuo Municipal de Toledo (Norte de Santander) ha remitido a esta Corporación las diligencias sumarias adelantadas contra Gustavo Adolfo Gómez Posso y otros, sindicados por el delito de Hurto Calificado y Agravado, para que se dirima la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre ese Despacho y la Fiscalía Regional de Cúcuta.

No señala el señor Juez la disposición procedimental que otorga la competencia a la Corte para dirimir el conflicto.

Se Considera

Debe advertirse, ante todo, que se trata de una colisión de competencias que se ha suscitado en la etapa sumaria del proceso y entre dos funcionarios que tienen la función

de fiscales, pues en tal calidad actúa el señor Juez Promiscuo Municipal de Toledo, mientras entran en funcionamiento los fiscales instructores.

Dentro del sistema acusatorio consagrado en la Constitución Nacional y en el Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Fiscalía la investigación de los delitos y la acusación de los presuntos infractores. De ahí que el artículo 6º del Decreto 2699 de 1991 establezca como función de los Fiscales la de velar porque las actividades relacionadas con la función de investigación se adelanten con sujeción a la ley y de conformidad con el respeto debido al derecho de defensa.

La estructura de la Fiscalía cuenta con diversos niveles de organización en forma tal que los recursos indicentes que se presenten dentro de esta etapa de investigación son conocidos y resueltos por los mismos funcionarios de la Fiscalía, sin intervención de los jueces. En estas condiciones, los conflictos de competencia que se susciten entre fiscales instructores serán resueltos por los respectivos superiores.

Como consecuencia de lo anterior, es lo lógico y jurídico dentro del sistema imperante que las colisiones de competencia que puedan suscitarse entre un Juez Municipal cuando obra como Fiscal instructor y un Fiscal Delegado o Fiscal Regional deban ser resueltas por los respectivos superiores dentro de la órbita de la Fiscalía General.

Así, en el parágrafo transitorio del artículo 19 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 125 del C. de P. P., impone como función a los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior la de resolver "...los conflictos que se presenten entre Juzgados Penales Municipales o Promiscuos, con Fiscales Delegados ante los Jueces de Circuito...".

Pero como en el caso que se analiza el conflicto se ha presentado entre un juez municipal y un fiscal regional, no es aplicable la norma anteriormente citada, siendo el competente para solucionar el problema el Fiscal de mayor categoría sobre los comprometidos en el incidente y que sea superior jerárquico de los dos, como lo sería el señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, quien tiene competencia en todo el territorio de la República y a quien se le ha atribuido esta función por Resolución número 230 de: siete de mayo del corriente año, emanada de la Fiscalía General, que en su artículo primero establece:

"...Asignar el conocimiento de los conflictos administrativos que se presenten entre los jueces Penales Municipales, en la etapa de la investigación, y los Fiscales Regionales Delegados, a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Por las anteriores consideraciones, es evidente que la Corte Suprema de Justicia no tiene atribución para dirimir conflictos de competencia que se presenten entre fiscales instructores y por ello se abstendrá de conocer del suscitado en el presente sumario. En consecuencia, remitirá el expediente al señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (Reparto) para que adopte la decisión al respecto.

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

Se abstiene de conocer de las presentes diligencias y ordena su envío al señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (Reparto) para que resuelva lo que estime pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / OBLIGACIONES

Lo precedente cuando de libertad provisional se trata es imponer las obligaciones señaladas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal; es decir, la de presentarse cuando el funcionario competente lo solicite, observar una buena conducta, informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización del funcionario de conocimiento, las cuales deben cumplirse hasta cuando no se disponga otra cosa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8578. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 115.

Santafé de Bogotá, D. C., 9 de diciembre de 1993.

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud presentada por el procesado Javier Solís Vargas Beltrán, en el sentido de que se le suspendan las presentaciones que viene cumpliendo quincenalmente ante la Auditoría Principal de Guerra de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Se Considera

Mediante proveído de 20 de octubre de 1992, el Tribunal Superior Militar concedió a los procesados Javier Solís Vargas Beltrán y Gersaín Mera Martínez el beneficio de "libertad condicional", por un período de prueba de diez meses, imponiéndole las obligaciones consagradas en el artículo 63 del Código de Justicia Penal Militar, entre ellas la genérica de "someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas". En manera alguna, se impuso a los acusados la específica obligación de presentarse cada 15 días (folios 313 y ss.).

Aun cuando el Tribunal, en dicho proveído, otorga a Vargas Beltrán y Mera Martínez la libertad condicional, ha de entenderse que lo que la Corporación quiso fue concederles la libertad provisional por encontrarse reunidos los requisitos para el otorgamiento del referido subrogado, pues la sentencia de segunda instancia no se encontraba en firme, ya que contra ella se había interpuesto recurso de casación.

Así las cosas, no tenía el Tribunal por qué imponer presentaciones a los procesados, si es que realmente las impuso, ni mucho menos señalarles un período de prueba, como si se tratara del otorgamiento de la libertad condicional propiamente dicha.

Lo procedente, cuando de libertad provisional se trata, es imponer las obligaciones señaladas por el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la de presentarse cuando el funcionario competente lo solicite, observar buena conducta, informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización del funcionario de conocimiento, las cuales deben cumplirse hasta tanto se disponga otra cosa.

A estas obligaciones, por consiguiente, es que debe sujetarse el procesado Vargas Beltrán, no a la de presentarse periódicamente como lo viene haciendo, obligación esta última que, por lo demás, no aparece ordenada en el proceso.

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

Suspende las presentaciones que el procesado Javier Solís Vargas Beltrán viene cumpliendo ante la Auditoría Principal de Guerra de la Policía Metropolitana de Bogotá, con la advertencia de que debe ponerse a disposición del funcionario competente cuando se lo solicite, observar buena conducta, informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización.

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.

Carlos A. Cordillo L., Secretario.

RECURSO DE HECHO

La ley concede al impugnante tres (3) días para la sustentación del recurso ante el superior. / Dispone también la norma que dicho término se cuente a partir del recibo de las copias, o sea a partir de que éstas lleguen físicamente a la Secretaría encargada de su contabilización, que no es otra que la Secretaría correspondiente al Despacho de funcionario que debe resolver el asunto. / Ha de entenderse, así mismo, que dicho término no corre fatalmente desde el momento mismo del recibo de las copias, sino a partir del día hábil siguiente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8945. Recurso de hecho.

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 115 diciembre 9/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de diciembre de 1993

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de hecho promovido por el apoderado del sentenciado Harold Henríquez Gallo, con miras a que se le conceda el de apelación por él interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que rechazó la demanda de revisión presentada respecto del fallo de condena.

Antecedentes

1. Contra la sentencia de 11 de julio de 1990, mediante la cual el Juzgado 13 Superior de Bogotá condenó al procesado Harold Henríquez Gallo por el delito de homicidio imperfecto, se promovió acción de revisión ante el Tribunal, que, en providencia de 7 de octubre de 1993 (folios 2 y ss.), rechazó la demanda, por estimar que no se daba la prueba o hecho nuevos alegados, y que lo que se buscaba era revivir el debate probatorio.

El accionante apeló de ese proveído, pero el Tribunal, tras considerar que el pronunciamiento impugnado era de única y no de primera instancia, denegó el recurso (folios 7 y ss.).

Recurrió entonces de hecho el accionante, quien, al sustentar el recurso ante esta Corporación, argumenta que si bien "el legislador no previó 'expresamente' si de la

mencionada acción de revisión las Salas Penales conocerían en única o primera instancia", ese vacío legal no puede dar pie para una interpretación restrictiva de la ley (folios 11 y ss.).

2. En su informe, el Secretario de esta Sala hace saber al despacho del Magistrado Sustanciador que las copias referidas al recurso de hecho se recibieron en la Secretaría de la Corporación el día 6 de noviembre último y que el escrito de sustentación se presentó el día miércoles 10, "esto es, de manera extemporánea" (folio 14).

Se Considera:

Sobre el trámite del recurso hecho, establece el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal:

"Trámite. Dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias deberá sustentarse el recurso, con la expresión de los fundamentos. Vencido este término se resolverá de plano.

"Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará.

"...".

Como se ve, la ley concede al impugnante tres (3) días para la sustentación del recurso ante el superior.

Dispone también la norma que dicho término se cuente a partir del recibo de las copias, o sea a partir de que éstas lleguen físicamente a la Secretaría encargada de su contabilización, que no es otra que la Secretaría correspondiente al Despacho del funcionario que debe resolver el asunto.

Ha de entenderse, así mismo, que dicho término no corre fatalmente desde el momento mismo del recibo de las copias, sino a partir del día hábil siguiente.

Hechas estas precisiones, surge claro que en el caso a estudio el escrito de sustentación del recurso fue presentado fuera de tiempo, pues si las copias relativas a la impugnación se recibieron en la Secretaría de esta Sala, que es común para todos los Magistrados integrantes de ella, el 4 de noviembre (folio 10), el recurso ha debido sustentarse a más tardar el 9 de noviembre, no el 10, como lo hizo el impugnante (folios 11 y ss.).

Se procederá, entonces, de conformidad.

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

RESUELVE:

Desechar el recurso de hecho interpuesto por el apoderado del sentenciado Harold Henríquez Gallo.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

En tratándose de casación discrecional o excepcional, el actor debe sustentar al momento de interponer el recurso extraordinario, con miras a que la Sala de Casación Penal estudie y decida si procede o no la impugnación, y posteriormente, si se admite el recurso, presentar la respectiva demanda de casación. En el fondo, al censor le corresponde efectuar dos sustentaciones, siendo la primera de ellas la orientada exclusivamente a establecer la necesidad de que la Corte admita el recurso por la vía excepcional, pues se parte de la base de que el recurso no es en principio procedente, bien porque no se cumple con el requisito de la pena o porque la sentencia de segunda instancia no ha sido dictada por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8919. Casación.

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 115 diciembre 9/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 13 de diciembre de 1993.

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el procesado Gildardo Carvajal Tovar y su defensor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, de 1° de julio de 1993, por los delitos de invasión de tierras o edificios y fraude a resolución judicial.

Antecedentes

1. El Juzgado Once Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia de 23 de abril de 1993 (folios 339 y ss.), condenó a Gildardo Carvajal Tovar a la pena principal de 21 meses de prisión, por los referidos delitos de invasión de tierras o edificios y fraude a resolución judicial.

Apelada esa sentencia por el defensor del acusado, el Tribunal la confirmó enteramente por medio de la suya de 21 de julio siguiente.

2. Mediante escritos visibles a folios 52 y 54 del Cuaderno número 4, el procesado y su defensor, en su orden, interpusieron recurso de casación contra el referido fallo. El

segunda, lo hizo en los siguientes términos: "En mi carácter de defensor del sentenciado Gildardo Carvajal Tovar, manifiesto a esa superioridad que interpongo el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida a mi defendido, para, si fuese el caso, la honorable Sala de Casación Penal excepcional y discrecionalmente admita el recurso para el desarrollo de la jurisprudencia, amén de que la sentencia vulnera directamente derechos fundamentales del encausado como de terceros".

3. Por auto de 9 de agosto de 1993, el Magistrado Ponente, doctor Juan Hugo Sánchez Maluche, con apoyo en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, concedió el recurso y ordenó correr traslado para la presentación de la demanda respectiva. Cumplido esto, el Tribunal remitió el proceso a esta Sala (folios 1 y ss. cuaderno 5).

Se Considera

Ninguno de los delitos objeto del fallo impugnado tiene pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años (artículos 184 y 367 C. P.).

El inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 35 de la Ley 81/93), dispone:

"De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

De acuerdo con dicha norma, es a la Sala de Casación Penal de la Corte a la que corresponde decidir, privativamente, sobre la procedencia del referido recurso, pues es ella la que debe determinar si se ha desconocido un derecho fundamental o si se requiere desarrollar la jurisprudencia en un determinado punto.

No podía, en consecuencia, el Tribunal, por incompetencia, decidir sobre la procedencia del recurso, ni disponer los traslados para la presentación de la demanda y formulación de alegaciones. De allí que se imponga la declaración de nulidad de lo actuado en segunda instancia a partir inclusive del auto que concedió el recurso.

De nada sirvió la advertencia del recurrente al Tribunal, en el sentido de que era a la Sala de Casación Penal de la Corte a la que competía pronunciarse sobre la admisibilidad de la impugnación.

Ahora bien, si se examina el escrito de interposición y sustentación del recurso, se observa que el impugnante se limita a enunciar las dos causales que la norma citada consagra para su procedencia, sin expresar, en modo alguno, los motivos de su estructuración, quedándose por consiguiente la Corte sin saber cuál es la necesidad de la impugnación.

Sobre el punto, dijo esta Sala en auto de 28 de octubre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda:

"La necesidad de que el impugnante fundamente, así sea de manera breve pero con suficiente claridad, cuáles son los motivos que lo animan a la interposición del recurso,

a fin de poder examinar la viabilidad de su pedido, pues dentro de la respuesta que compete a la Corte, el ejercicio de su discrecionalidad le exige, sea en el evento de que la petición se niegue o se atienda, el apoyo de un debido fundamento, y ello obliga al conocimiento anticipado de las razones que a juicio del inconforme hacen de recibo el recurso, pues no de otra manera podrían ellas descubrirse, ni conocerse el punto que suscita la respectiva controversia, exposición que en modo alguno perjudica o se opone a la necesidad de que en caso de admisibilidad, la impugnación extraordinaria se concrete a través de la formal y oportuna demanda de casación".

Se insiste, pues, en que en tratándose de casación discrecional o excepcional, el actor debe sustentar al momento de interponer el recurso extraordinario, con miras a que la Sala de Casación Penal estudie y decida si procede o no la impugnación, y posteriormente, si se admite el recurso, presentar la respectiva demanda de casación. En el fondo, al censor le corresponde efectuar dos sustentaciones, siendo la primera de ellas la orientada exclusivamente a establecer la necesidad de que la Corte admita el recurso por la vía excepcional, pues se parte de la base de que el recurso no es en principio procedente, bien porque no se cumple con el requisito de la pena o porque la sentencia de segunda instancia no ha sido dictada por un Tribunal.

Frente a la falta de sustentación del recurso, es del caso inadmitirlo.

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

RESUELVE:

1. *Decretar la nulidad* de lo actuado a partir, inclusive, del auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué concedió el recurso de casación discrecional interpuesto por el procesado Gildardo Carvajal Tovar y su defensor.

2. *Inadmitir* el referido recurso.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE REPOSICION / DEBIDO PROCESO

Es innegable que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 201 del C. de P. P. solamente en dos circunstancias la providencia que decide un recurso de reposición puede ser impugnada: a) Cuando contenga puntos no decididos en el anterior (puntos nuevos), y b) Cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de lo decidido en la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir. / Cuando la norma habla de "puntos no decididos en el anterior", no se está refiriendo a omisiones del funcionario, sino a los aspectos nuevos de trascendencia jurídica como ocurriría, por ejemplo, cuando el funcionario define situación jurídica imputándole un único hecho punible al procesado y éste recurre en reposición para que se le revoque, y obtiene por respuesta la extensión de la medida precautelativa a uno o dos delitos más. Esta circunstancia es necesariamente un punto nuevo no decidido en el anterior auto impugnado, generando obviamente el derecho a recurrirlo como si fuese éste un inicial proveído. / Cuando la norma referida hace mención al segundo aspecto que permite recurrir, el interés sobreviniente de alguno de los sujetos procesales obviamente alude a que un sujeto procesal diferente del considerado en el auto que decidió la reposición, como sería el caso también, a manera de ejemplo, del funcionario que al decidir la reposición del auto de detención que profirió contra uno solo de los procesados, decide extenderlo a otro u otros vinculados. Naturalmente que éste o estos nuevos afectados con la medida adquieren el derecho a impugnar ese proveído. No se trata entonces de cualquier interés respecto del mismo sujeto procesal de que se ocupó el acto impugnado, puesto que todo cambio jurídico que respecto de él ocurra en el auto que decide la repusición será siempre considerado 'hecho nuevo' y como tal, entra naturalmente en la primera hipótesis ya analizada. / La prevalencia del derecho sustancial sobre el formal a que se refiere el artículo 228 de la Carta no implica el desconocimiento del rito fundamental correspondiente porque ése es el "debido proceso" que como derecho fundamental consagra la Constitución y recoge la respectiva ley, a la cual está obligado todo Juez en los términos del artículo 230 de la misma Carta. / El derecho de postulación está sometido a las reglas generales del procedimiento ordinario entre las cuales se cuenta la de la preclusión, por virtud de la cual si el procedimiento ha concluido, con él terminó toda posibilidad de retrotraerlo, y lo segundo, que frente a los requisitos de procesabilidad no es dable alegar favorabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8713. Casación.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 115 - 9 de diciembre de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de diciembre de 1993.

Decide la Corte lo pertinente en relación con el recurso de reposición que el procesado Robinson Ricardo Rada González interpuso contra el auto del 22 de octubre del presente año en el cual la Sala resolvió la reposición que el defensor de dicho procesado interpusiera contra el auto que denegó conceder el recurso especial de casación referido en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., contra la sentencia condenatoria de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Antecedentes Inmediatos

1. En ambas instancias fue condenado el procesado de la referencia por el delito de infidelidad a los deberes profesionales, tipificado en el artículo 175 del C. P. Contra el fallo de segunda instancia interpuso el defensor recurso extraordinario de casación, dando como fundamentación del mismo que dicha impugnación "tiene pábulo en el inciso final del artículo 218 del C. de P. P.".

2. El Tribunal equivocadamente entendió que el recurso de casación interpuesto era el comúnmente denominado extraordinario de casación por lo que, en razón al *quantum* punitivo referido en la norma correspondiente, lo denegó. El defensor interpuso recurso de hecho contra este proveído y en consecuencia el proceso llegó a la Corte la cual, en el auto de agosto once, anuló lo actuado por el Tribunal por incompetencia, a partir inclusive del auto denegatorio del recurso.

3. Como, a juzgar por la transcripción que anteriormente se hiciera de la fundamentación del impugnante respecto del recurso especial de casación interpuesto, correspondía a la Corte el pronunciamiento sobre viabilidad del mismo, por disposición legal pertinente la Sala en septiembre 20 denegó la impugnación por falta de debida sustentación.

4. Contra la providencia anterior, el defensor interpuso oportunamente recurso de reposición para que se le tuviera en cuenta como sustentación, entre otras cosas, el escrito con que cumplió tal cometido respecto del recurso de hecho presentado contra la providencia del Tribunal que ya había anulado la Corte en su primer pronunciamiento mencionado. Obviamente ésta, el 22 de octubre, no repuso el auto impugnado, pues no podía considerar dicho escrito sustentatorio, por ser claramente extemporáneo y formar parte, además, de la actuación anulada.

La Reposición de Reposición

Directamente el procesado, quien aduce la condición de abogado titulado, interpone recurso de reposición contra el proveído del 22 de octubre acabado de mencionar, con el argumento de que "al proveído impugnado se le incorporaron nuevos elementos y se omitió pronunciamiento sobre el punto 8 de la reposición interpuesta por el defensor".

Por su parte, el defensor reconocido como suplente, *motu proprio* presenta escrito invocando el derecho de petición para que por el principio de favorabilidad se dé

aplicación al artículo 2º de la Ley 81 de 1993, que ubicó como querellable el delito por el cual se condenó en este proceso.

Al sustentar el procesado la impugnación, consciente de su improcedencia jurídica, bajo el epígrafe de "Legitimación de la causa del recurso", intenta justificarla al decir que procede esta inconformidad cuando, de acuerdo con lo previsto en los artículos 200 del C. de P. P. y 348 del C. de P. C., el auto que decide la reposición "contenga puntos que no hayan sido decididos en el anterior, caso en el cual podrá interponerse recursos respecto de los puntos nuevos, o cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir", y que, además, según la Constitución vigente, hay un tercera causa excepcional para recurrir: "La excepción de inconstitucionalidad con Efectos de Nulidad del auto recurrido, por violación de derechos fundamentales y aplicación de normas y doctrina opuesta al pregonado constitucional".

Con base en lo anterior pide, en forma principal, la reposición "por ser el auto recurrido violatorio de derechos fundamentales y aplicatorio de normas y doctrina opuestas al pregonado constitucional a que deben sujetarse los funcionarios encargados de la Dispensación de Justicia a quienes ata la cabal protección de los derechos inherentes a la condición humana y jurídica del procesado como son: la seguridad jurídica, el acceso eficaz a la administración de justicia, igualdad de trato y de oportunidades, reconocimiento de la personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la honra, el trabajo, el buen nombre, la familia del condenado como institución básica, el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, petición, participación política e inalienabilidad (sic) y aplicación inmediata de estos derechos fundamentales". Y seguidamente agrega, bajo el epígrafe de "Segunda Principal": "Para materializar los derechos primarios y básicos que se han enunciado en el pedimento que precede se disponga la práctica de los medios de prueba que en capítulo aparte se detallarán, para que se disponga su práctica. Esto como materialización especial del debido proceso que debió adoptar la honorable Corte para tomar el auto recurrido (artículos 28 y 29 Constitución Política) concordante 246 C. de P. P.", para dejar como "Petición Subsidiaria" la "reposición de reposición" inicialmente mencionada, en relación con la cual enumera, como elementos nuevos aportados por la Corte en dicho proveído, varias inexactitudes e incoherencias que imposibilitan su reproducción en su integridad, tales como las del siguiente tenor: "Que los derechos fundamentales son alienables y de aplicación mediata o a largo plazo; que no ameritan pronunciamiento en favor o en contra de su protección cuando el Juez Extraordinario recibe queja de su vulneración"; "que la discrecionalidad que libremente debe asumir la Corte sólo opera con argumentación sujetiva (sic) del recurrente"; "que el Juez excepcional no está obligado a conocer la actuación probatoria, ni a valorarla en su esencia para hacer uso de la discrecionalidad del recurso en caso como el que nos ocupa", etc., y aun cuando advierte que las afirmaciones "que coloca en la pluma de la Corte son subyacentes" dice que ésos son los puntos nuevos que legitiman el interés en el recurrente.

Consideraciones de la Corte

1ª Es innegable que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 201 del C. de P. P. -no el 200, como erradamente dice el impugnante- solamente en dos circunstancias la providencia que decide un recurso de reposición puede ser impugnada:

a) Cuando contenga puntos no decididos en el anterior (puntos nuevos), y

b) Cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de lo decidido en la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir.

Cuando la norma habla de "puntos no decididos en el anterior", no se está refiriendo, como parece entenderlo equivocadamente el recurrente, a omisiones del funcionario, sino a los aspectos nuevos de trascendencia jurídica que en ese auto introdujo, como ocurriría, por ejemplo, cuando el funcionario define situación jurídica imputándole un único hecho punible al procesado y éste recurre en reposición para que se le revoque, y obtiene por respuesta la extensión de la medida precautelativa a uno o dos delitos más. Esta circunstancia es necesariamente un punto nuevo no decidido en el anterior auto impugnado, generando obviamente el derecho a recurrirlo como si fuese éste un inicial proveído.

Ahora, cuando la norma referida hace mención al segundo aspecto que permite recurrir, el interés sobreviniente de alguno de los sujetos procesales obviamente alude a un sujeto procesal diferente del considerado en el auto que decidió la reposición, como sería el caso también, a manera de ejemplo, del funcionario que al decidir la reposición del auto de detención que profirió contra uno solo de los procesados resuelve extenderlo a otro u otros vinculados. Naturalmente que éste o estos nuevos afectados con la medida adquieren el derecho a impugnar ese proveído. No se trata entonces, como desatinadamente lo entiende el aquí recurrente, de cualquier interés respecto del mismo sujeto procesal de que se ocupó el auto impugnado, puesto que todo cambio jurídico que respecto de él ocurra en el auto que decide la reposición será siempre considerado "hecho nuevo" y, como tal, entra naturalmente en la primera hipótesis ya analizada.

2ª En el caso presente, el auto de esta Sala que negó el recurso especial de casación interpuesto por el defensor del procesado Robinson Ricardo Rada González fue recurrido en reposición por dicho defensor, la cual se negó con la providencia que ahora impugna el propio Rada González, aduciendo un supuesto interés jurídico nacido en ese proveído para él, como si dicho interés fuese distinto del del abogado que actúa como su defensor.

El interés jurídico concreto en la actuación que se surte ante la Corte en este estadio procesal no es otro que el buscar se conceda el recurso especial de casación interpuesto contra el fallo condenatorio que en su contra se profirió y obtener así una posibilidad de enmendar la supuesta injusticia allí cometida, aspecto específico sobre el cual precisamente la Sala se pronunció tanto en el auto recurrido por el defensor, como en el que ahora impugna el procesado. Así, pues, resulta evidente la carencia del interés jurídico en el procesado mencionado para recurrirlo.

Ahora, en cuanto a los hechos nuevos que enumera, ninguna de las inexactitudes que osadamente atribuye en su escrito a la Corte, así sea en forma subyacente, tiene esa connotación, como bien puede apreciarse de la simple lectura del auto cuestionado. En consecuencia, tampoco por este aspecto hay lugar a la pretendida reposición.

3ª En cuanto a la "excepción de inconstitucionalidad con efectos de nulidad del auto recurrido" que novedosamente presenta como tercera posibilidad para impugnar la providencia que decide la reposición, ha de recordársele al recurrente que dicha figura, tanto en la Constitución anterior como en la actual, siempre ha sido considerada instrumento de control constitucional respecto de normas jurídicas que manifiestamente se opongan a la Carta, jamás en relación con providencias judiciales.

Ahora, si el memorialista lo que pretende es la inaplicación del artículo 218 del C. de P. P. por considerarlo inconstitucional, debe recordársele igualmente que la excepción mencionada, conocida también en la doctrina como excepción de inaplicabilidad de normas jurídicas contrarias a la Constitución, no tiene un procedimiento autónomo; su alegación debe hacerse dentro del procedimiento donde se pretende hacer valer. Significa esto que las partes o los sujetos procesales que quieran plantearla tienen como oportunidad procesal para ello la que les brinda el procedimiento ordinario en cada caso. Si la dejan precluir, ya no es posible invocarla allí, por la sencilla razón de haber sido aplicada la norma, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, donde la providencia que negó el recurso de casación especial ha cobrado ejecutoria.

De otra parte, resulta absurdo, por decir lo menos, la petición de pruebas que en esta sede presenta el memorialista para que la Corte pueda "materializar los derechos primarios y básicos" que considera transgredidos con la discriminación odiosa que dice hallar en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Olvida el peticionario, y eso que aduce la condición de abogado, que el Código de Procedimiento Penal es el debido proceso que el legislador señaló para las actuaciones judiciales de esa naturaleza y, entre sus mandatos, no está el de poder ordenar y practicar pruebas en el trámite de recursos extraordinarios, pero ni siquiera lo permite en la segunda instancia. La prevalencia del derecho sustancial sobre el formal a que se refiere el artículo 228 de la Carta y que cita el recurrente no implica el desconocimiento del rito fundamental correspondiente porque, se repite, ése es "el debido proceso" que como derecho fundamental consagra la Constitución y recoge la respectiva ley, a la cual está obligado todo juez, en los términos del artículo 230 de la misma Carta.

Finalmente, en relación con el pedimento del defensor suplente con apoyo en el derecho de petición, para que por favorabilidad se le dé aplicación retroactiva al artículo 2º de la Ley 81 de 1993 que pasó a la categoría de delito querellable el punible de infidelidad a los deberes profesionales que tipifica el artículo 175 del C. P., dos aspectos debe dejar bien en claro la Corte: en primer término, a juzgar por la naturaleza de lo pedido, no se trata del derecho específico de petición, sino del *ius postulandi* dentro del procedimiento penal, pues está demandando, en su condición de defensor suplente, la aplicación retroactiva de una norma de procesabilidad; es decir, del precepto que permite iniciar un proceso solamente por querella de parte perjudicada. Siendo así, el derecho de postulación está sometido a las reglas generales del procedimiento ordinario entre las cuales se cuenta la de la preclusión, por virtud de la cual si el procedimiento ha concluido, como ocurre en el presente caso, con él terminó toda posibilidad de retrotraerlo; y lo segundo, que frente a los requisitos de procesabilidad no es dable alegar favorabilidad, pues el debido proceso, que es derecho fundamental, como se vio, fue cumplido a cabalidad para el momento en que nació el proceso con la facultad oficiosa para iniciarlo que se tenía; si ese carácter esencial es sustituido por la querella, su imperio legal será solamente para los procesos que se inicien con posterioridad a su vigencia. Sostener lo contrario implicaría un caos judicial por desconocimiento del principio de la seguridad de las decisiones ejecutoriadas.

En el caso presente, el proceso nació a la vida jurídica y permaneció en ella de acuerdo con las leyes de procedimiento imperantes hasta su terminación, esto es, cuando quedó ejecutoriada la providencia que resolvió el recurso de reposición que el defensor principal

interpuso contra el auto que denegó la impugnación especial de casación interpuesta contra el fallo de segundo grado, ya que la segunda reposición intentada carecció de todo asidero legal como se demostró, luego no hay lugar a que se ocupe la Sala de dicha petición.

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

RESUELVE:

El Auto del 22 de octubre de 1993, por medio del cual la Corte resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de septiembre 20 del mismo año, es inimpugnable. En consecuencia, son improcedentes las peticiones formuladas por el procesado y su defensor suplente. Infórmeseles y envíese inmediatamente el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESPONSABILIDAD

Son los propios principios del derecho penal los que involucran todos los factores que conforman la conducta del hombre para llegar a sancionarlo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica instancia. Número 4302.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 115 (diciembre 9/93).

Santafé de Bogotá, D. C., 14 de diciembre de 1993.

Vistos

Realizada la diligencia de audiencia pública dentro de la causa adelantada contra el doctor Jesús Guillermo Escobar Mejía, ex Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín, procede la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, a dictar la sentencia correspondiente.

El doctor Escobar Mejía es hijo de Antonio y Rosa Elvira, nacido en Fredonia, el 23 de octubre de 1936, casado con Luz Elena Uribe Arango, tiene cuatro hijos, abogado titulado y profesor universitario, se identifica con la cédula de ciudadanía número 3476979 de Fredonia.

Hechos

El 3 de septiembre de 1987 el doctor Guillermo Escobar Mejía hizo dejación del cargo de Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín, entregando a su sucesora, la doctora Maricella Ruiz Gómez, un inventario de seiscientos cuarenta y un (641) procesos que venían ingresando a esa oficina del Ministerio Público, para concepto, desde hacía varios años atrás.

Indagatoria

Al ser interrogado sobre sus antecedentes, el doctor Jesús Guillermo Escobar Mejía manifestó que carecía de antecedentes penales o policivos, pero confirmó la existencia

de un proceso disciplinario que dio lugar a la pérdida del cargo de Fiscal Décimo, y al efecto relató:

"La justicia colombiana afronta una crisis institucional por abrumación de expedientes que le han quitado el derecho moral de reflexionar y en su noria cotidiana el pobre juez (nombre genérico de todos los servidores de la justicia) está aticateado por una filosofía cuantitativa que lo punza, lo aguijonea, lo tortura en el alma y en lo físico, ante esta situación, la respuesta ha sido el mecanicismo y la cantidad: entonces en estado de necesidad funcional esparce inasible e infinito dolor y tiene que comprender el buen juez que en una justicia como ésta, le corresponde el papel de cirineo: cargar la cruz material de tantos procesos y responder con coraje a un doloroso deber que le obliga a acumular -con mucho dolor y terrible angustia- muchos expedientes que llegan sin detenido, para dar preferencia al estudio hondo y sustancial, tal vez debiera decir: quintaesencial, de los procesos con detenido. Pero, en mi etapa final, cuando la vida me condujo a servir a la Procuraduría en los Derechos Humanos Penitenciarios, aprendí que también en los negocios con detenido hay que hacer selección ética y de justicia, romper lo cronológico de los turnos, para decidir lo más presto posible la situación de los reclusos...".

El implicado agregó que en una reunión de fiscales del Tribunal presidida por el Viceprocurador de entonces, doctor Ossa Arbeláez, le solicitó:

"...revisara con preocupación las estadísticas de los que estaban en cero negocios, porque daba (sic) la cantidad de negocios que llegaban hasta nosotros las casillas en blanco o en pasivo de las estadísticas mensuales, sólo podía significar estudio superficial y mecanicismo hacia la cantidad, lo cual afectaba a la justicia que tiene que ser cualificada y muy respetuosa, porque ella, la justicia, sólo es buena cuando reverencia al dolor y reverenciar a éste exige por lo menos el compromiso de estudio serio. De ahí que desde ese momento pregoné mi filosofía: el orgullo de tener cantidades éticas en espera, mientras diurna y nocturnamente yo hacía ofrenda espiritual a mi deber entregando los conceptos a la sazón de todas las reflexiones, y con las referencias ya señaladas...".

Al serle puesta de presente la relación de 641 procesos que entregó a su sucesora, el doctor Escobar Mejía sin objeción alguna manifestó que se trataba de su inventario. Y como respuestas para el interrogatorio que se le estaba formulando con respecto a las causas de aquella acumulación, comentó que trabajaba de día en la Fiscalía y en las noches y los días festivos en su casa; y con respecto a sus actividades laborales señaló que elaboró demandas de casación, resolvió situaciones complejas del movimiento penitenciario (no indicó cuáles), planteó tesis jurisprudenciales como la referida a la dosis personal de estupefacientes que superaba la cantidad matemática contemplada en la ley, elaboró una teoría jurídica sobre la tortura que ha sido objeto de estudio en diversas universidades.

Aludiendo a la demora en la tramitación de los asuntos puestos a su consideración, comentó:

"Pensando así como pienso, es máxima infamia el creer que yo pueda demorar un negocio por caminar torcido con la justicia; es decir, por prevaricar, toda tardanza fue por caminar rectilíneamente con la justicia y cada tardanza me dolía, me oprimía y de ella he tomado fuerza para arriesgar mi propia vida exigiendo a los poderes del Estado el respeto por la santa institución judicial".

Finalmente, el sindicado comentó que algunos magistrados, tres o cuatro, le reclamaron expedientes.

Acusación

Aún en vigencia del anterior estatuto procedimental, correspondió a esta Sala calificar el mérito sumarial, como en efecto lo hizo en pronunciamiento del 4 de septiembre de 1991, profiriendo resolución de acusación contra el doctor Guillermo Escobar Mejía, a quien se le imputó el delito de prevaricato omisivo, en concurso homogéneo y sucesivo, por la gran mayoría de procesos que dejó al despacho con los términos para conceptuar vencidos respecto de ese deber, en forma exagerada e injustificada. Dado el cúmulo de procesos se excluyeron de la acusación aquellos que llevaban menos tiempo, aproximadamente un año o menos, en la oficina del Ministerio Público.

El 4 de diciembre de 1991 se resolvió la reposición que contra el auto anteriormente referido interpusiera el procesado, en donde además de rebatir los diferentes argumentos que planteó, ante la advertencia del implicado, se redujo a 426 el número de procesos respecto de los cuales se le imputaba el delito de prevaricato omisivo, por haber permanecido en su despacho por lapsos que fluctuaron entre un (1) año y tres (3) años, diez (10) meses sin que se hubiera resuelto el concepto que en ellos se requería. Por los restantes procesos, se le eximió de cargos.

La Causa - Pruebas

Resueltas las incidencias procesales surgidas de la interposición de recursos, de una reposición, de unas peticiones de nulidad, y los inconvenientes surgidos de la aplicación del sistema acusatorio por razón de que la Fiscalía General de la Nación entró en funcionamiento, se dio vía libre a la etapa probatoria del enjuiciamiento, que fuera utilizada por el doctor Escobar Mejía para pedir se recaudara la prueba testimonial destinada a demostrar su vocación y dedicación al servicio de la justicia y de los derechos humanos.

Sobre tres puntos fundamentales versaron las declaraciones solicitadas y recaudadas. El primero, que el doctor Escobar Mejía ha sido un trabajador incansable, pues siempre ha cumplido con sus labores aun por fuera del horario legal de trabajo. El segundo, que en su condición de agente del Ministerio Público propició la organización de movimientos tanto intelectuales como materiales dirigidos al mejoramiento de las condiciones humanas de los reclusos. Y tercero, que ha dedicado su ejercicio profesional a la defensa de los humildes y el amparo a la justicia tanto en función individual como social.

Los testimonios recepcionados directamente o mediante certificación jurada acreditan con amplitud y riqueza de calificativos de virtuosidad, admiración y respeto la total dedicación del procesado al servicio de la justicia, y corroboran los tres puntos que el enjuiciado quiso establecer probatoriamente. Conviene resaltar que esa prueba testimonial está conformada con las declaraciones de los doctores:

1. Javier Henao Hidrón, Consejero de Estado.

2. Carlos Betancur Jaramillo, Consejero de Estado.

3. Jorge Iván Palacio, Magistrado Corte Suprema de Justicia.

4. Carlos Gaviria Díaz, Magistrado Corte Constitucional.

5. Hernando Parra Puccetti, Procurador 86 en lo Judicial Penal de Cúcuta.

6. Julio Jaime Villegas Uribe, ex Secretario de la Fiscalía 9ª Superior de Medellín.

7. Ernesto Saa Velasco, profesor de la Universidad del Cauca.

8. José Alberto Giraldo Castaño, Magistrado del Tribunal Superior de Antioquia; ex Procurador 1ª Regional de Medellín.

9. Flavia Deschamps Angulo, Fiscal Delegada 108 de la Unidad II de diligencias previas de Medellín.

10. Rubén Darío Pinilla Cogollo, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

11. Javier García Londoño, Abogado visitador de la Procuraduría General de la Nación y ex auxiliar de la Fiscalía 13 Superior de Medellín.

12. Laureano Colmenares Camargo, Procurador Delegado en lo Penal ante los Tribunales de Medellín y Antioquia, ex Juez 3º Superior de Medellín.

13. Augusto Gaviria Pérez, abogado en ejercicio, ex Fiscal del Juzgado 2º Superior de Medellín.

14. Juan Oberto Sotomayor, abogado, ex alumno.

15. Darío Arcila Arenas, abogado.

16. Mario Salazar Marín, ex juez y ex Magistrado.

17. Javier Vieira Múnera, Fiscal Delegado de la Unidad Cuarta de Patrimonio de Medellín.

18. Jesús María Valle Jaramillo, abogado litigante.

19. Joaquín Horacio Orozco Granada, sustanciador de la Procuraduría Judicial 112 de Medellín, ex subalterno de las antiguas fiscalías.

20. Alvaro de Jesús Vélez Londoño, Procurador 123 en lo judicial.

21. Joel de J. Arbeláez Arbeláez, Fiscal 2º ante los Tribunales de Medellín y Antioquia, fue subalterno del procesado.

22. Roberto Darío González Vásquez, ex alumno del doctor Escobar.

23. Iván Velásquez Gómez, Procurador Departamental de Antioquia.

24. Mario Moreno Trujillo, Procurador Judicial 110.

25. Inés Helena Gómez Sánchez, Jefe de la División de Control Interno de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín.

26. Oscar de Jesús Sánchez, abogado condiscípulo del implicado.

27. Edda Estrada Alvarez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia.

28. Jaime Ossa Arbeláez, Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado.

La Causa - Audiencia Pública

El pasado 9 de agosto de 1993, se llevó a cabo el debate público de esta causa, en el cual intervinieron los sujetos procesales en el siguiente orden:

Delegado de la Fiscalía General de la Nación

El representante de la entidad acusadora por excelencia omitió cualquier análisis sobre el acierto o el yerro de la resolución acusatoria. En su lugar, disertó sobre el concepto de justicia desde diversos ángulos; sobre la personalidad del procesado, describiéndolo, según se lo permitieron los elementos de convicción procesales, como un hombre entregado permanentemente al trabajo, sin abulia, respecto de quien no puede afirmarse que la omisión que se le imputa se debiera a situaciones desvalorativas de su conducta, pues estaba presidida por una motivación ética, cual era el impulso de realizar el derecho, frente a su imposibilidad de renunciar a su propio perfeccionismo, a su entrega por la defensa de los Derechos Humanos, labor fundamental del Ministerio Público, a su estilo como representante de la sociedad, por lo que no es posible predicar el desvalor de su conducta.

Se podría condensar el criterio de la Fiscalía en las siguientes manifestaciones: "Así pues, la imputación del dolo en este especialísimo reato no puede verse en la obstinada manera de concebir su ideal de realización de la suprema virtud de la justicia por quien ahora está procesado y que fue la determinante de su actuar". . "...acá la acción humana que produjo la omisión estuvo preñada de intenciones valorables y de realizaciones valiosas, que significó una vivificación del ideal del derecho, el respeto por el orden jurídico, la exaltación de unos valores y la exaltación por cierto de un modo de ser que emula con el deber ser".

Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación inició su intervención argumentando que el objeto de enjuiciamiento en este proceso es la posición política de un funcionario estatal. A continuación señaló que había encontrado reunidos los presupuestos dogmáticos del delito descrito por el artículo 150 del Código Penal, en cuanto a tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pues teniendo el doctor Escobar Mejía la obligación de atender todos los asuntos que llegaron a su oficina y no solamente unos, se abstuvo de actuar en un número considerable de ellos; conociendo perfectamente aquella obligación con respecto a todos los asuntos y no sólo en relación con los que tenían preso, habiéndose producido un daño a la administración de justicia, ubicado en cualquiera de las situaciones concretas que se presentaron en el expediente, en las cuales el doctor Escobar Mejía también debía actuar en defensa de los derechos humanos fundamentales de los particulares involucrados en los respectivos procesos. Así mismo, el representante de la sociedad señaló que el doctor Escobar Mejía tenía un interés para omitir su deber, pero no innoble, pues su propósito no era el de causarle daño a persona alguna; se trataba del interés de imponer su propia ética, por sobre los intereses de la administración de justicia.

No obstante lo anterior, el Delegado reitera la manifestación inicial de que al doctor Mejía Escobar se lo está juzgando por ser un rebelde al Estado y no por ser un fiscal moroso, puesto que no se conformó con cumplir su función dentro de los marcos de

justicia y de derecho ya asignados, sino que adoptó un concepto de justicia alternativa, que va más allá de los planteamientos constitucionales, frente a la realidad del Estado colombiano que pone a los funcionarios a sacar adelante los procesos sin mirar cuál es el verdadero sentido de la criminalidad, de la pena y de la culpabilidad. En su opinión el implicado consumió energías y tiempo defendiendo causas perdidas y proponiendo tesis innovadoras; sin embargo, estima que la omisión no ha sido dolosa, ni el concepto de justicia ha sido una justificación para esconder su falta.

Apoyándose en la prueba testimonial recaudada, el Procurador Delegado manifiesta que el doctor Escobar Mejía es un hombre que cumple con su deber, un convencido acerca de lo que debe y no debe ser en este Estado. Y aduce que si la sociedad tiene derecho a que los funcionarios cumplan con todas las obligaciones que se les han impuesto, el Estado debe constituir los organismos necesarios y suficientes para que la función se pueda cumplir a cabalidad. De ahí que afirme: "si la sociedad no provee lo necesario para ello, mal podríamos nosotros endilgar responsabilidad a un funcionario que, pese a sus esfuerzos, ha dejado de cumplir con algunas partes de su propia labor".

El Ministerio Público desecha el parangón que se ha hecho de la conducta del procesado con la de sus nueve colegas por cuanto no es posible exigir a las personas un comportamiento igual ni un rendimiento que tenga las mismas proporciones.

De otro lado, partiendo del hecho de que el doctor Escobar maneja unos conceptos de ética que lo condujeron a dejar en abandono algunos procesos y que sus colegas tenían otras concepciones éticas que los impulsan a salir adelante con el mismo volumen de expedientes, el Delegado afirmó que lo que existen son valoraciones diferentes sobre la función y el Estado mismo.

Dijo el Procurador que no patrocina la forma en que el doctor Escobar ejercía la función, volcándose a sí mismo en cada concepto porque tal humanismo puede generar conflictos en la administración de justicia, pero por tratarse de peticiones de justicia adecuadas, con valores, con criterio ético, considera que es un comportamiento válido aun cuando no sea compartido.

El funcionario del Ministerio Público rememora que dada la calidad del trabajo desarrollado por el doctor Escobar y a pesar de que no había evacuado un número suficiente de procesos, la Procuraduría lo absolvió de los cargos que le había formulado por mora.

Al comentar que el ex fiscal produjo un promedio de algo más de dos conceptos por día asegura que en ello hay una labor eficiente; y en el plano de la hipótesis atribuye el atraso a ese voluminoso reparto que recibió de sus colegas cuando se inició en el cargo.

Con los anteriores argumentos el representante del Ministerio Público impetró la absolución del procesado.

Procesado doctor Jesús Guillermo Escobar Mejía

Es de anotar que al inicio de la audiencia pública y ante el interrogante que le formulara el Presidente de la diligencia, el implicado, al referir incidencias de su vida, aludió a la forma como trabajó en la Fiscalía. Al efecto explicó que al ser creadas las Fiscalías Novena y Décima, a cargo del doctor Gabriel y él iniciaron labores el 31 de octubre de 1979, motivo por el cual los restantes fiscales les solicitaron que les recibieran procesos con

detenido, lo que dio lugar a que en el lapso de mes o mes y medio tuviera a su cargo ciento veinte procesos, y esa ingenuidad, dijo el implicado, es la que lo ha llevado a afrontar esta responsabilidad; y explica que no es posible que se crea que en su filosofía los procesos sin detenido no tenían importancia, porque eso significaría que la impunidad le es indiferente, cuando esa situación lo indujo a llevar negocios a la casa, privando a su familia de distracciones. Se dice es un místico de la justicia en concreto.

Se refirió a sus luchas por los derechos humanos en las cárceles de Colombia, y señaló que la afirmación de que había ocasionado un perjuicio al Tribunal de Medellín y que le quedaban negocios por prescripción es equivocada; que es un sofisma por cercenamiento, puesto que nunca un Magistrado de esa Corporación le llegó a decir que había perturbado el orden judicial, que había obstaculizado o que era dañino.

El inculpado manifestó que la Ley 22 de 1980 ordenó a la Magistratura reclamar los procesos no devueltos, en los cuales se habían vencido los términos, lo que le hizo suponer que la Fiscalía quedaría organizada, pero la Magistratura no quiso pedir los expedientes; finalmente dos de los Magistrados reclamaron tres expedientes cada uno, pero nada más.

Al llegar la oportunidad de intervenir en la audiencia, el doctor Escobar Mejía discurrió sobre su concepto de justicia y como al observar personalmente en los patios de San Quintín y La Guayana las condiciones en que vivían los detenidos se fue despertando su inquietud por los derechos humanos de los reclusos, y comenzó a dictar conferencias a ese respecto. Y aduce "comencé a pasar el listado de los detenidos en La Guayana, porque sabía que era un deber moral darle prioridad a la atención de esos procesos...".

Para concluir, el implicado expresó "...el soñar utopías es lo único que nos corresponde para tener luz interna y para tener honor. Señores jueces, yo he amado la justicia, yo amo la justicia y yo amaré la justicia ineluctablemente, es mi destino humano, fue mi utopía y nada la ha podido empañar, la he sufrido sí, pero sé que la justicia nace del dolor".

El Defensor

El titular de la defensa puso en tela de juicio la existencia de un hecho típico omisivo, porque el concepto de omisión no se determina a partir de parámetros objetivos y ontológicos, la omisión es un concepto de relación, valorativo y normativo; la omisión se fundamenta en la violación de un deber, y el deber exige como requisito de su esencia la posibilidad de ejecutarlo. En su sentir, el funcionario no tiene que evacuar absolutamente todos los casos que entren a su despacho, sino obrar dentro del ámbito de lo posible y razonable; y frente a esa perspectiva del concepto relativo y valorativo de omisión, no se estaría frente al hecho típico de omisión.

Ahora bien, agregó el defensor, de aceptarse la existencia de la tipicidad omisiva, se trataría de una autoría por conciencia, conforme al cual frente a dos sistemas normativos el individuo opta por uno de ellos porque lo considera de jerarquía axiológica superior. Como en estos casos la persona se puede introyectar el disvalor, no se puede lanzar el juicio de culpabilidad por falta de reprochabilidad, falta de conciencia del obrar ilícito. Así el doctor Escobar Mejía siempre habló de dos concepciones de la justicia, una cualitativa y otra cuantitativa, y en conciencia éticamente, ha pensado que correspondía

definirse por el criterio cualitativo, por lo tanto no existía la posibilidad de que obrara en forma diferente del dictado de su conciencia. En esos términos y anexando un escrito contentivo de su alegación, el defensor solicitó la absolución para su protegido.

Consideraciones

Tener noticia de que un funcionario del Ministerio Público ha paralizado la administración de justicia en relación con más de 400 expedientes en los cuales debía intervenir para proseguir la actuación, causa, por decir lo menos, escándalo, como efectivamente lo ha producido el hecho que dio lugar a la imputación que se formuló contra el doctor Escobar Mejía.

No obstante, para deducir si en tales circunstancias se estructuró el delito imputado, es necesario analizar todos los aspectos de la conducta y luego sí concluir si ha reunido las características que le dan la entidad de ilicitud que amerita su sanción. Así, en primer término, el comportamiento que originó este proceso es el enunciado: haber omitido la elaboración del concepto que por ley le correspondía al doctor Escobar en los 426 procesos que permanecieron en espera de que así se actuara, por lapsos que se contaron entre uno y casi cuatro años.

No hay discusión alguna en relación con el incumplimiento legal que configuró ese comportamiento. Tampoco se vislumbró argumento alguno que desvirtuara la antijuridicidad del pasivo proceder, pues la justicia se lesionó por no haberse administrado conforme lo ha dispuesto la propia ley; mas no, como se entiende lo insinúa el procesado, porque se esté reclamando un específico perjuicio al Tribunal de Medellín, en razón de que esa corporación, como cualquier juez de la República, es el representante de la administración de justicia, titular del bien jurídico protegido y aquí lesionado.

Ahora bien, el aspecto que es punto de debate en este enjuiciamiento es el de la subjetividad de la conducta asumida por el doctor Escobar. Por ello es necesario precisar si en ella concurrió dolo, pues la resolución acusatoria dio por sentada su presencia, en la medida en que el implicado manifestó estar plena y absolutamente consciente de la inercia a la cual había sometido y estaba sometiendo a una gran cantidad de procesos en los cuales no había preso, lo que se trasluce de las manifestaciones que hiciera el doctor Escobar con respecto a la dedicación de sus energías y esfuerzos al profundo estudio de aquellos casos en los cuales emitía el concepto de rigor: igual revelación se extractó de aquella otra expresión conforme a la cual se jactaba de tener cantidades éticas en espera.

La Sala no encontró en aquella oportunidad justificación alguna para el proceder del implicado por cuanto la mayoría de sus colegas, incluyendo al titular de la Fiscalía Novena, que se creó simultáneamente con la Décima, a cargo del doctor Escobar Mejía, pudieron mantener sus despachos al día; y porque el exceso de erudición no podía constituir una justificación admisible para la desatención de otros procesos, especialmente aquellos cuyo procesado no estaba privado de la libertad.

Ahora, cuando la Sala finalmente debe decidir si existe mérito para deducir responsabilidad penal contra el doctor Escobar Mejía, analizará ese proceder humano de manera más integral, conforme al recaudo probatorio incrementado en la etapa de la causa, y sin perder de vista que aquélla surge de un hecho en concreto, que constituye infracción penal.

Desde tal punto de vista se advierte que el doctor Escobar se desempeñaba como agente del Ministerio Público, cuya función no se circunscribe a la actuación estrictamente procesal, como sí ocurre con los jueces, para quienes es absolutamente claro que les corresponde asumir la investigación, el estudio de los procesos, tomar las decisiones en relación con las situaciones que ellos contienen. Sin embargo, la institución denominada Ministerio Público, además de tener a su cargo el cumplimiento de funciones muy concretas y específicas señaladas en los códigos, debe asumir otras responsabilidades más abstractas, generales, amplias, indeterminadas y casi que inasibles, vinculadas a su condición de representante de la sociedad.

De esta manera se percibe fácilmente que el Ministerio Público cumplía tareas concretas señaladas en la ley y más específicamente en los códigos de procedimiento, como ocurría con la labor de sus agentes de emitir conceptos en los asuntos que tramitaban los jueces ante quienes ejercían su cargo; pero a ellas se agregaban funciones más genéricas y en tanto indeterminadas, cuyo cumplimiento competía más a otras dependencias de la misma institución que a los anteriormente denominados fiscales.

Esta realidad jurídica permite a la Sala advertir que dada la acumulación de expedientes, por lo general los fiscales concretan su actividad a la función de rendir conceptos, convirtiéndola en la principal y casi que la única. Pero ése no es el caso del acusado, para quien el sentido de la aplicación de justicia no se agotaba en rendir conceptos. Trató de ejercer paralelamente y con seriedad, profundidad y juridicidad varias funciones propias de la entidad a la cual pertenecía, ocurriendo que una de ellas fue cayendo en déficit; precisamente aquella cuyo ejercicio la ley específicamente había asignado al cargo que fungía, señalándole término para su cumplimiento. La otra, de naturaleza humanitaria, era intemporal, pero no por ello puede desconocerse que se trataba también del ejercicio de una función oficial. Tanto, como que tenía el respaldo de las jerarquías del Ministerio Público. Nadie puede desconocer la importancia del bienestar de un aislado de la sociedad, aun cuando haya llegado a esa condición por efecto de su propio proceder.

En el intento de cumplir a la vez todas las obligaciones funcionales que estimó constituían su deber oficial, el acusado dedicaba prácticamente todo su tiempo a atender unas y otras; unas veces conceptuando en la oficina, o en su casa; otras propiciando el mejoramiento de la condición de los derechos humanos violados; de ello dan fe, en primer lugar, la pluralidad de testimonios que señalan al acusado como un hombre obsesionado por el ejercicio de su función, en segundo, el promedio estadístico de trabajo que le contabilizó la propia Procuraduría al practicar una visita a su despacho y conforme a la cual dio un rendimiento de 1.9 conceptos por día, el cual revela que su actividad laboral no fue desatendida, sino, por el contrario, continua y desarrollada dentro de parámetros de rendimiento racional, dadas las circunstancias que se anotan.

Luego, en tales condiciones, la demora en atender el trámite de los asuntos represados no obedeció a la abulia, a la pereza, o a la desidia, y menos aún al intencionado querer no cumplir con los deberes legalmente impuestos; ni tampoco por ocupar su tiempo en asuntos ajenos a sus funciones oficiales.

La abundante y calificada prueba testimonial recaudada, como que proviene de personas en quienes la sociedad ha depositado en grado sumo su confianza por su honradez, capacidad y rectitud, para poner sobre sus hombros los más altos designios

de la justicia, demuestra que el doctor Escobar Mejía asumió un apostolado de la justicia, hasta el punto de convertirse en un ejemplo de dedicación al trabajo, a la defensa de los derechos humanos y de las causas de los humildes.

Es así como el doctor Carlos Gaviria Díaz, Magistrado de la Corte Constitucional, afirma que el doctor Escobar Mejía "...ha hecho se vida un culto permanente a los principios éticos que ha adoptado como guía de su conducta, y ha elegido como actividad, en abono de sus propósitos, el cultivo del derecho con todo lo que ello implica: la lucha denodada por la justicia en la que no se ha dado tregua. Ha hecho parte, tiempos de peligro, del Comité pór la Defensa de los Derechos Humanos, del que ha sido designado miembro honorario, ha fundado, por su propia iniciativa, un Comité por la Defensa de los Derechos Humanos de los Presos... Si tuviera que definir al doctor Escobar con una sola expresión, no vacilaría en decir: es un hombre de bien. Un ciudadano como él honra el ejercicio del derecho y puede ser puesto, sin duda alguna, como ejemplo a quien quiera llevar una vida digna".

El Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Jorge Iván Palacio, resume el reconocimiento que tiene del procesado en cuanto al cumplimiento de sus deberes oficiales diciendo: "Era proverbial ya su fino sentido de justicia, su entrega total y sin reservas al estudio y elaboración de sus conceptos, su defensa ardorosa de la causa de los que no tenían defensa, por carencia de recursos económicos -sin desmedro del bien social del que era personero- y su actitud prudente y equilibrada pero de toda firmeza cuando el asunto competía a los consentidos de la fortuna que esperaban recibir los graciosos dones de ésta a cambio de sus desafueros; todo con la ayuda de su preciso, incisivo y florido verbo, al par del dominio prodigioso del concepto y de la técnica jurídicos y del más exigente rigor lógico. En sus intervenciones nunca fue superficial ni facilista: su sentido de responsabilidad personal y social siempre lo llevó a emplearse a fondo, a escudriñar sin reservas el horizonte del caso, a analizar y sopesar celosamente -con rígido acomodo a la justicia y a la exigencia legal- los argumentos de cargo y de defensa y, en fin, a buscar con toda aplicación la manera más justa de definir el asunto. Así, entonces, sus ejecutorias siempre ostentaron el sello de la ética, la probidad, la sabiduría y el más empinado humanismo...".

En cuanto se refiere a la dedicación a la defensa de los Derechos Humanos de los reclusos conviene resaltar la versión jurada que por escrito rindiera el doctor Hernando Parra Puccetti, quien se desempeñó como Procurador Regional de Medellín; en ella se lee:

"En el año de 1984, la Viceprocuraduría General de la Nación, cuyo titular era el doctor Jaime Ossa Arbeláez, inició un programa en las cárceles de Colombia debido a las continuas quejas que se recibían en esa dependencia sobre violación de Derechos Humanos.

"La Procuraduría a mi cargo arrancó con dicho programa, contando desde ese mismo momento con la invaluable y fundamental colaboración del doctor Escobar Mejía, quien, como persona de gran prestigio, en la ciudad de Medellín logró aglutinar personas y entidades al programa, como la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, la Facultad de Psicología de la Universidad de San Buenaventura, damas de diferentes organizaciones, Magistrados del Tribunal como los doctores Alvaro Medina Ochoa y

Fernando Gómez Gómez, la señora del entonces Ministro de Justicia, Josefina Gallardo de Parejo, y a quien recordamos como el paladín de los Derechos Humanos en Colombia, asesinado como tantos otros ilustres colombianos por bandas de criminales organizadas, el doctor Héctor Abad Gómez, y firmas como Siamesa, entidades y personas que nos prestaron decidida colaboración para llevar a cabo nuestra labor, especialmente en las cárceles de Bellavista en la ciudad de Medellín y San Quintín en Bello, donde las autoridades carcelarias no parecía que tuvieran a su cuidado seres humanos, sino fieras hacinadas en el más completo abandono.

"Como era un programa del Ministerio Público a nivel nacional, los demás Fiscales de esa época también contribuyeron al éxito del mismo, pero, sin lugar a dudas, el alma y motor fue el doctor Escobar Mejía, quien le dedicó, junto con el suscrito como Presidente del comité, tiempo valiosísimo, incluyendo días festivos, logrando de esta manera grandes conquistas, como un poco de sol diario para los internos de La Guayana en Bellavista, obras de infraestructura para la entrada de las comidas en forma higiénica a los calabozos de San Quintín, recreación, resocialización y educación a nivel, no sólo de los reclusos, sino de los guardianes, porque siempre creímos que éstos también necesitaban de algunas terapias tendientes al buen trato a los internos y a sus familiares".

Entre otras varias declaraciones que acreditan que el doctor Escobar Mejía dedicaba a sus labores su propio tiempo libre se encuentra la del doctor Javier García Londoño, quien por ser subalterno de otra fiscalía y vecino de la casa del implicado, asegura lo siguiente:

"Era costumbre de él continuar trabajando después de las seis de la tarde, hasta las 7, 8 y más de la noche. Muchas veces le hice compañía hasta esas horas, porque era un placer oírle dictar sus conceptos y porque también muchas veces le serví de mecanógrafo para ello, porque me lo solicitaba o me lo ofrecía, ante el retiro de su auxiliar luego de la jornada ordinaria. Salíamos juntos y tomábamos el mismo bus porque, repito, éramos vecinos de residencia.

"Pero su trabajo fiscal no terminaba ahí; continuaba en su hogar. La ventana de su cuarto de estudio daba exactamente al frente de mi habitación. A la una o dos de la mañana lo veía trabajando.

"Ni qué decir de los fines de semana, sábados, domingos y festivos: a la hora que lo visitara siempre lo encontraba estudiando expedientes. Su capacidad de trabajo no tenía límites.

"También se me pregunta que si el Maestro salía de su oficina cargado de expedientes para su casa. Es igualmente verídico ello.

"En una palabra, afirmo que en casi cuatro años que estuve en la Fiscalía Trece Superior de Medellín, y por lo mismo compañero de oficina del maestro doctor J. Guillermo Escobar Mejía, nunca, jamás, faltó a sus deberes como Fiscal Décimo del honorable Tribunal; al contrario, como nadie, trabajaba en exceso, como que para él la lucha por la justicia no tenía límite de horario ni de lugar...".

Así las cosas, la tarea asumida por el inculpado por propia iniciativa indudablemente respondía a una función oficial: eso no se puede desconocer. Entonces, ¿qué es lo que se le puede criticar a esa actitud? Que siendo todas ellas funciones de la institución a la

que pertenecía, en el desempeño del destino público que se le había conferido, la obligación de conceptuar era prioritaria, por tratarse de los asuntos propios de su cargo, en tanto que la defensa de los derechos humanos carcelarios era una materia que otras dependencias de la Procuraduría podían atender.

Sin embargo, el doctor Escobar por su demostrada vocación por la justicia, dada su mística, asumió que la vigilancia sobre la garantía de los derechos humanos era un deber con mayor relevancia que aquellos específicamente asignados a su quehacer oficial; y, queriendo asumir el papel de transformador de los vicios estatales que afectan a los seres que en un infortunado momento han transgredido el orden social, dedicó su propio tiempo, sus conocimientos, sus brillantes capacidades, al mejoramiento de la condición humana de los reclusos, eso es innegable; pero sacrificó deberes legales terminantes.

Todo ello revela que el encausado se equivocó, al seleccionar las labores propias de su cargo, pues, a las específicamente asignadas por la ley, que debía cumplir dentro de los términos que ésta establece, sumó otras propias del Ministerio Público que no estaban sujetas a lapso alguno y que, además, podían ser ejercidas por dependencias distintas de la misma institución.

La anterior conclusión conduce a otra, que si el doctor Escobar omitió cumplir su deber de conceptuar en más de 400 procesos, ello obedeció a que se confundió, ampliando el espectro de las tareas que debía desplegar como agente del Ministerio Público a actividades a las cuales no estaba obligado.

Sin embargo, esa equivocación a la luz del entendimiento de quienes ahora deben juzgarlo demuestra, como él lo sostuvo a lo largo de todo el proceso, que jamás tuvo la intención de ir en contra de la ley, porque estaba dedicado a otras funciones del Ministerio Público y no porque se hubiera ocupado en actividades distintas. Y si no las adelantó fue porque el tiempo no le alcanzó para hacerlo, forzándolo a una selección con criterio personal: el de someter a espera los asuntos sin preso. Indudablemente es de creer que de haber tenido tiempo a su favor, no hubiera existido la acumulación de expedientes represados que originó este proceso.

Bien singular es la conducta que juzga la Sala, pues su autor también es un hombre que no se ajusta al común de los seres que se desenvuelven en este medio forense. Tal vez no existe un precedente de esta naturaleza y probablemente no se repita, de un funcionario que por excederse en dedicación a unas funciones dejó rezagadas, que no abandonadas, otras que debió atender con prioridad. Como se advirtió en el auto enjuiciatorio, es inadmisible que un funcionario conceda una preferencia de tal magnitud a determinados asuntos para convertirlos en tratados jurídicos, o criminológicos y que enfoque sus capacidades y energías a labores propias de otros profesionales y de otros funcionarios del Estado; pero es de admitir que esa actitud envuelve una equivocación con respecto al contenido y prelación de la función oficial que el acusado debía ejercer. Ese yerro significó para el doctor Escobar Mejía que lo privaran de esa condición de agente del Ministerio Público o representante de la sociedad; sanción apenas justa para quien, aun cuando impulsado por un ideal, no desempeñó su cargo conforme de él se esperaba.

En las condiciones expuestas y conocida la dedicación profesional del procesado, queda claro que sí dejó acumular más de 400 expedientes, en los cuales no rindió concepto

al dejar el cargo, tal omisión fue ocasionada porque el tiempo no le permitió evacuarlos en su totalidad en vista de que asumió funciones que bien pueden entenderse propias del Ministerio Público pero que no eran prioritarias en relación con aquéllas.

Así, el incumplimiento del deber, objetivamente constitutivo de la infracción, no alcanza a configurar el delito por el cual se enjuició al doctor Escobar Mejía, porque está ausente el elemento de culpabilidad, en la medida en que el implicado encaminó su proceder, con toda su capacidad intelectual y laboral, al ejercicio del cargo en la forma como creyó que actuaba correctamente, y por lo tanto desprovista del dolo que estructura la ilicitud penal.

Deducir responsabilidad penal al doctor Escobar Mejía, basada solamente en la cantidad de asuntos que quedaron a la espera del trámite que les correspondía, una vez conocida su posición frente al destino público que se le confió, sería reducir los hechos punibles a su realización en el mundo de los fenómenos, cuando ello no es así, por cuanto, son los propios principios del derecho penal los que involucran todos los factores que conforman la conducta del hombre para llegar a sancionarlo. Aquí no concurrió el elemento subjetivo que habría originado el reproche establecido para el hecho investigado; en consecuencia se absolverá al procesado de los cargos por los cuales se le enjuició, y se ordenará la cancelación y devolución del valor de la caución prestada para obtener la libertad provisional.

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

RESUELVE:

Absolver al doctor Jesús Guillermo Escobar Mejía de los cargos por los cuales fuera encausado.

Cancélese la caución constituida para gozar de la libertad provisional, lo que cumplirá el Tribunal Superior de Medellín, despacho ante el cual fue depositada.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE PRECLUSION DE LA INVESTIGACION / DEMANDA DE CASACION

La resolución de preclusión de la investigación no es susceptible del recurso de casación porque cuando el legislador ha querido extender los recursos extraordinarios a providencias distintas de las sentencias, lo ha dicho expresamente como en el recurso de revisión (inciso final del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recurso de hecho número 9000.

Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 115 diciembre 9/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 15 de diciembre de 1993.

Vistos

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el abogado Carlos Eduardo Vera Venegas, en su condición de apoderado de la parte civil contra la providencia de 16 de noviembre de 1993, proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual se inhibió de conocer el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes Procesales

Dentro del proceso penal seguido contra María Sacramento López de Barón y otra, la Fiscalía 16 de la Unidad Especializada de Tunja profirió, en primera instancia, resolución de preclusión de la instrucción, el 6 de septiembre de 1993.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte civil interpuso recurso de apelación, el cual fuera resuelto por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, mediante providencia de 12 de octubre de 1993, en la que confirmó íntegramente la decisión motivo de alzada.

En vista de lo anterior, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación contra la decisión de segunda instancia, mediante memorial presentado el 10 de noviembre de 1993.

La Fiscalía *ad quem*, en proveído de 16 de noviembre de 1993, resolvió inhibirse de conocer dicho recurso extraordinario aduciendo que, conforme al artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el mismo sólo procede contra sentencias de segunda instancia emanadas de los Tribunales, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 5 años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad, y excepcionalmente en casos distintos, a solicitud del Procurador, su delegado o del defensor, cuando discrecionalmente la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Y, además, porque según el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal las providencias que deciden recursos de apelación quedan ejecutoriadas el día en que son suscritas por el funcionario, de lo que se sigue que el recurso extraordinario interpuesto es extemporáneo, al tenor de lo normado en el artículo 223 *ibidem*.

Así las cosas, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso de hecho que es objeto de esta decisión, el que sustentó ante la misma Unidad de Fiscalía Delegada para el Tribunal Superior de Tunja, con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La resolución de preclusión de la investigación debe ser tenida como una sentencia y no como un simple auto interlocutorio aunque el Código de Procedimiento Penal no la denomine así, primero, porque hace tránsito a cosa juzgada y segundo, porque con ella se pone fin al proceso, tal como lo reconoció el Consejo de Estado en sentencia de 21 de marzo de 1980, Sección Segunda, Magistrado Ponente Samuel Buitrago;

b) Siendo la Fiscalía una entidad perteneciente a la Rama Judicial, les corresponde a las Unidades Delegadas ante los Tribunales Superiores, como Fiscalías de Segunda Instancia, conceder el recurso de casación cuando quiera que se reúnan los requisitos exigidos en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, "pues de no ser así se estaría cohibiendo y coartando el derecho de contradicción como principio fundamental y básico, ya que para este tipo de providencias, aun reuniendo los requisitos exigidos para la casación, no habría la instancia ante la honorable Corte Suprema de Justicia, cayendo la misma ley en un vacío y una contradicción, y, por ende, perjudicando los intereses legítimos de los sujetos procesales en litigio";

c) El recurso de casación fue interpuesto dentro del término señalado en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal; es decir, dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la providencia que debe realizarse personalmente por edicto.

Finalmente, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja, mediante auto de 24 de noviembre de 1993, dispuso la expedición de las copias pertinentes y su envío a esta Corporación a efecto de que se resuelva sobre el recurso de hecho. A ello se procede previas las siguientes

Consideraciones de la Corte

La cuestión jurídica sometida a estudio resulta bien sencilla, pues la ley tiene claramente señalados los casos en que procede el recurso extraordinario de casación (artículo 218 del C. de P. P.). Y cuando la ley es clara no debe desatenderse su tenor literal para dar cabida a interpretaciones extensivas que se aparten de su expreso significado.

Como recurso extraordinario que es, la casación está reservada exclusivamente para las sentencias proferidas en los casos expresamente señalados por la ley, sin que sea

posible extenderlo más allá de los casos excepcionales taxativamente determinados, ninguno de los cuales se configura en este asunto.

De suerte que la resolución de preclusión de la investigación no es susceptible del recurso de casación porque cuando el legislador ha querido extender los recursos extraordinarios a providencias distintas de las sentencias, lo ha dicho expresamente como en el recurso de revisión (inciso final del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal).

Entonces, le asistió razón a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja cuando se abstuvo de conceder el recurso extraordinario de casación interpuesto contra una providencia que, a pesar de los argumentos dados por el recurrente de hecho, no puede equipararse a una sentencia.

La anterior apreciación no es caprichosa sino que está fincada en la naturaleza que le es propia al recurso extraordinario de casación, cuyas causales y técnica han sido concebidas sobre el supuesto del agotamiento de un proceso penal que, como se sabe, está compuesto de sumario y juicio y culmina con la sentencia.

Por manera que sin necesidad de ahondar más en el asunto, resulta evidente la improcedencia del recurso de casación a que se refieren las presentes diligencias. Este, no sobra repetirlo, ha sido el criterio, invariablemente sostenido por la Sala, no dándose razones válidas para mudar de concepto. La categoricidad de los textos deja de lado cualquier colateral apreciación.

Ahora bien, dado que la Fiscalía sólo interviene en la etapa sumarial, es obvio que no está facultada para conceder o negar el recurso de casación y, por consiguiente, está fuera de lugar la discusión tendiente a dilucidar ante cuál de sus Unidades Delegadas debe interponerse el mismo.

En cuanto a la oportunidad procesal para ejercitar el recurso de casación, lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal hace innecesario emitir algún pronunciamiento.

Decisión

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

RESUELVE:

Confirmar la providencia de 16 de noviembre de 1993, proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual se inhibió de conocer el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

Notifíquese y devuélvase a la oficina 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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION / JUEZ

El cambio de radicación es un instituto procesal de naturaleza extraordinaria y carácter excepcional que varía las normas generales de competencia por el factor territorial, permitiendo el desplazamiento del Juez natural. Tiene como finalidad, según la preceptiva del artículo 83 del C. de P. P., garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado. / Su aplicación es restringida y sólo puede fundamentarse en circunstancias debidamente probadas mediante elementos de prueba idóneos, que conduzcan a la convicción de que, en efecto, se está en presencia de alguna de las situaciones previstas por la ley que sólo pueda conjurarse mediante el cambio de radicación. Esta exigencia excluye, de contera, las meras hipótesis, las suposiciones, el simple análisis subjetivo del peticionario y, en fin, las apreciaciones personales de los hechos que se esgrimen como fundamento de la pretensión. / El desplazamiento del juez natural por razón del territorio sólo procede por causas externas al Juzgador; pues, de lo contrario, si el temor que existe hacia una correcta administración de justicia deviene de causas atribuibles a un funcionario en particular, el instituto llamado a regular la situación es el de los impedimentos y las recusaciones y en modo alguno el del cambio de radicación. / Los jueces en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia sólo están sometidos al imperio de la ley, apareciendo como su deber primordial obrar con absoluta independencia de criterio, con abstracción completa de opiniones de los medios de comunicación y de los ciudadanos así como de las personales de todo orden de quienes son objeto de juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación número 8979. Cambio de radicación.

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 115 diciembre 9 de 1993.

Santafé de Bogotá, D. C., 15 de diciembre de 1993.

Vistos

De plano resuelve la Corte la solicitud de cambio de radicación que ha elevado el apoderado de la parte civil dentro del proceso que se adelanta contra Néstor Emerio

Rincón Ayala, Tirso Agapito Correa y Libardo Preciado Camargo, por el delito de prevaricato.

Antecedentes

1. Se originó la presente investigación en la denuncia que el representante legal de la sociedad Acerías Paz del Río formuló ante el entonces Director Nacional de Instrucción Criminal contra funcionarios de la administración municipal de Cuítiva (Boyacá) por considerar que habían podido incurrir en conductas punibles, atentatorias de la Administración Pública, al "reglamentar" por Acuerdo número 006 de noviembre 18 de 1990 del Concejo de dicho municipio un impuesto con cargo a dicha firma, por fuera de toda previsión legal, y luego pretender su pago a través de un proceso de jurisdicción coactiva que adelantó el Tesorero Municipal.

Dentro del trámite propio de la ejecución coactiva, este funcionario, con fecha junio 3 de 1992, ordenó el embargo "de las sumas de dinero presentes o futuras, hasta por la cantidad de $5.323.384.000,00", que la firma tuviera en cuentas corrientes, de ahorros o a término fijo en instituciones bancarias de Sogamoso y Bogotá. También fueron objeto de esa medida precautelativa los vehículos automotores que figuraban, para esa fecha, como de propiedad de Acerías Paz del Río. Luego de una declaratoria de nulidad de ese primer embargo, se dispuso uno nuevo, por la suma de $340.000.000,00 según Resolución número 009 de septiembre 1º de 1992, emanada de la misma Tesorería Municipal.

2. El mérito de la presente investigación fue calificado por el Fiscal 262 de la Unidad de Investigaciones Especiales de esta ciudad, mediante providencia de marzo 18 del año en curso, que fue revisada en segunda instancia, merced a un recurso de apelación, por el Fiscal 25 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca. En definitiva, resultaron afectados con resolución acusatoria por el delito de prevaricato por acción de Néstor Enerio Rincón Ayala (Tesorero Municipal de Cuítiva para el año de 1992), Tirso Agapito Correa (Alcalde Municipal de la misma población durante el período 1991-1992) y Libardo Preciado Camargo (Asesor de dicho municipio desde cuando fueron aprobados los Acuerdos que reglamentaron el tributo con cargo a la Sociedad Acerías Paz del Río).

3. Una vez en firme la resolución acusatoria y antes de que el proceso fuera remitido al Juez competente, el señor apoderado de la parte civil elevó petición ante la Fiscalía de primera instancia para que se iniciara el trámite propio del cambio de radicación. Las diligencias fueron remitidas a esta Corporación, toda vez que la petición hace expresa referencia al cambio "del distrito judicial de Boyacá (sic) al que finalmente señale la autoridad competente" (folio 506 c. o. número 1).

De la Petición

1. Para el representante de la parte civil, el cambio de radicación es conducente por las siguientes razones:

a) A raíz de la investigación adelantada contra funcionarios del municipio de Cuítiva, se ha creado un ambiente de hostilidad contra la empresa Paz del Río, sus intereses y sus funcionarios, que impide el recto e imparcial desarrollo de la etapa de juzgamiento de dicho proceso;

b) Además de esa hostilidad, existe un ingrediente que agrava en extremo la situación, el cual concreta en el siguiente aparte de su solicitud: "...es el crítico estado de orden público de la zona por la presencia activa de guerrilleros y antisociales, para quienes la realización de las diligencias del juicio representaría una oportunidad insuperable para sus oscuros propósitos subversivos, pues resulta muy fácil manipular a la opinión pública, como ya ha ocurrido en este caso, tergiversando la realidad, para hacer creer que el presente negocio no es más que el simple enfrentamiento del capital empresarial con el pobre y abandonado agro";

c) Las personas sometidas a juicio ocupan y han ocupado cargos de claro origen político, correspondiendo la región donde han de juzgarse al "asentamiento fundamental de sus feudos políticos".

2. Como pruebas de los hechos en que sustenta el cambio de radicación, presenta el apoderado de la parte civil fotocopias de recortes de publicaciones de prensa, que contienen comentarios sobre los siguientes aspectos:

El sacerdote Belarmino Vega Guerrero, párroco de Sogamoso, fijó un aviso en la iglesia llamando a la comunidad a prestar solidaridad al Alcalde y al Tesorero investigados. Una comisión de Alcaldes de la Provincia de Sugamuxi visitó al Fiscal General de la Nación para manifestar su apoyo a su homólogo de Cuitiva y a su actuación. Los habitantes de Cuitiva se reunieron frente a la sede de la Alcaldía cuando se tuvo conocimiento de la medida de aseguramiento que afectaba a sus funcionarios, reclamando que el proceso se resolviera a su favor. Los Concejales y representantes de las comunidades de Cuitiva, Aquitania, Tota, Iza, Firavitoba y Pesca anunciaron una "movilización" para rechazar la vinculación de los funcionarios de Cuitiva al proceso penal y para exigir un tratamiento justo. Un titular de un diario de circulación nacional, "El Nuevo Siglo", da cuenta de que el municipio de Cuitiva está "en guerra con Paz del Río".

3. En escrito posterior, el mismo apoderado solicita se oiga en declaración juramentada a algunos funcionarios y ex funcionarios de la empresa Acerías Paz del Río, a fin de "demostrar las motivaciones" de su pedimento (folio 521 c. o. número 1).

Consideraciones de la Corte

1. El cambio de radicación, hase dicho reiteradamente por la Sala, es un instituto procesal de naturaleza extraordinaria y carácter excepcional que varía las normas generales de competencia por el factor territorial, permitiendo el desplazamiento del juez natural. Tiene como finalidad, según la preceptiva del artículo 83 del C. de P. P., garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

2. Su aplicación es restringida y sólo puede fundamentarse en circunstancias debidamente probadas mediante elementos de prueba idóneos, que conduzcan a la convicción de que, en efecto, se está en presencia de alguna de las situaciones previstas por la ley que sólo pueda conjurarse mediante el cambio de radicación. Esta exigencia excluye, de contera, las meras hipótesis, las suposiciones, el simple análisis subjetivo del peticionario y, en fin, las apreciaciones personales de los hechos que se esgrimen como fundamento de la pretensión

3. De igual manera se ha precisado por la Colegiatura que el desplazamiento del juez natural por razón del territorio sólo procede por causas externas al juzgador, pues de lo contrario, si el temor que existe hacia una correcta administración de justicia deviene de causas atribuibles a un funcionario en particular, el instituto llamado a regular la situación es el de los impedimentos y las recusaciones y en modo alguno el del cambio de radicación.

4. Ya en relación con el caso concreto, una primera circunstancia llama la atención de la Sala y es la remitida a que, sin que se hubiera radicado el conocimiento de este proceso en el juez en quien -a diferencia del Fiscal Instructor que por disposición del artículo 79 del C. de P. P. tiene competencia en todo el territorio nacional- deben conjugarse todos los factores de competencia, el señor apoderado de la parte civil se apresura a solicitar el cambio de radicación con el fundamento ya conocido. No obstante, encontrándose debidamente ejecutoriada la resolución acusatoria, no ve la Corte razón válida alguna para posponer el pronunciamiento que le corresponde por virtud de lo dispuesto en el artículo 68, numeral 8º del C. de P. P., hasta cuando el conocimiento del proceso esté formalmente radicado en el juez competente.

Por ello, se procede al estudio de la petición, no sin advertir en la impetración un total desconocimiento de la división territorial judicial, pues en el escrito se hace referencia genéricamente al "Distrito de Boyacá" como aquella porción del territorio donde se dan las circunstancias precisadas en su petición, cuando lo cierto es que este departamento, para el cumplimiento de la función pública de administrar justicia, está dividido en dos Distritos Judiciales: El de Santa Rosa de Viterbo y el de Tunja. Al primero de ellos pertenece el Circuito de Sogamoso, del cual, a su turno, forma parte el municipio de Cuítiva.

5. Ahora, en cuanto al tema central, se observa, *prima facie*, que la petición elevada por la parte civil no está llamada a prosperar, por la elemental consideración de que los motivos en que se sustenta no han sido acreditados a los autos con prueba idónea y suficiente. Desde el punto de vista probatorio se limitó el peticionario a acompañar a su solicitud recortes de algunas publicaciones periodísticas y a deprecar, que dentro del presente trámite, se oiga declaración bajo juramento, a algunos funcionarios y ex funcionarios de la empresa Acerías Paz del Río, a fin de demostrar las motivaciones de su solicitud. También, a incluir en el respectivo escrito sus personales y subjetivas apreciaciones sobre la trascendencia de las crónicas periodísticas que en su concepto han creado un clima de hostilidad hacia la empresa Paz del Río, que podría entorpecer el desarrollo de la etapa del juzgamiento.

6. En relación con la práctica de pruebas, debe la Sala precisar que la ley no ha previsto período probatorio alguno durante la tramitación del incidente de cambio de radicación. El artículo 85 del C. de P. P., que regula su trámite, ordena que "la solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda", sin que de su texto pueda concluirse existencia de oportunidad para un decreto oficioso o a solicitud de parte de pruebas adicionales a las anexadas a la petición. Al contrario, lo que la norma permite concluir es que dentro de este trámite la carga de la prueba fue dejada por el legislador al interesado, que debe afrontar las consecuencias procesales por el no cumplimiento de esa obligación legal.

7. Así, pues, la Sala apenas cuenta para decidir con los argumentos del peticionario y las fotocopias de las publicaciones de prensa hechas por algunos medios de comuni-

ción, unos de circulación nacional -"El Tiempo" y "El Nuevo Siglo"- y otros de circulación local -"Entérese", de Sogamoso-, visibles a folios 510 y ss. y 522 y ss. del c. o. número 1. Estas crónicas periodísticas ciertamente dan cuenta de la solidaridad que en algunos sectores de la comunidad de la Provincia de Sugamuxi ha despertado la situación del Alcalde y el Tesorero de Cuítiva, fundamentalmente a raíz de su encarcelamiento por cuenta de este proceso. También se indica en una de ellas que el párroco de Sogamoso hizo un llamado a sus feligreses para que apoyaran la gestión de aquellos funcionarios, quienes apenas estarían exigiendo lo que corresponde a su municipio. Se da cuenta de anuncios hechos por los Alcaldes de Tota, Sogamoso, Firavitoba, Iza, Gámeza, Corrales y Tibasosa sobre posibles movilizaciones para demostrar su solidaridad con su homólogo de Cuítiva y pedir, "sin querer entrar en el fuero de la justicia", una pronta solución a su caso. Así mismo, se informa sobre la reunión que el día de la captura del Alcalde cumplieron frente a la sede de la Alcaldía los habitantes de Cuítiva para pedir un justo tratamiento para su representante.

En punto a la nota titulada "Cuítiva en guerra con Paz del Río", solamente se hace referencia a un nuevo embargo ordenado por el Municipio contra dicha firma y se recalca sobre el perjuicio que por ello está sufriendo la empresa.

8. Como fácil es concluir, el contenido de las anteriores publicaciones no tiene, en esencia, poder para ameritar el cambio de radicación solicitado porque no entrañan una especie de presión hacia los jueces del Distrito Judicial al que pertenece el municipio de Cuítiva, encargados de adelantar la etapa de juzgamiento, en forma tal que su imparcialidad y ponderado juicio pudieran verse interferidos. Tampoco se puede concluir a partir de esos comentarios que las garantías procesales, en general, y las de la parte civil, en particular, puedan sufrir mengua o que el orden público pudiera verse efectivamente afectado, ya que lo que sobre el punto se comenta por el peticionario corresponde a meras especulaciones, insuficientes para servir de base al cambio de competencia de un proceso. Como ya lo ha dicho la Corte, la publicación persistente en la prensa sobre una investigación determinada no constituye, *per se*, prueba suficiente para desplazar del conocimiento a un juez natural. "Si ello fuera así, ningún funcionario podría conocer de los procesos, cuyos hechos, por razones diversas, están sometidos a la publicidad", se precisó en auto de julio 23 de 1992, con ponencia del honorable Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel.

Que algunos medios de comunicación hubieran incluido en sus ediciones comentarios sobre el caso de los funcionarios municipales de Cuítiva y hubieran hecho especial referencia a la solidaridad que el mismo despertó en algunos sectores de la comunidad es circunstancia que no tiene los alcances que pretende otorgarle el representante de la parte civil: entorpecer o impedir el recto e imparcial desarrollo de la etapa de juzgamiento y considerar como posible y cierta una alteración del orden público. Los medios masivos de comunicación en este caso presentaron sus propios comentarios sobre este proceso, lo cual es propio de su actividad periodística. También hicieron eco de las opiniones de la ciudadanía que tiene libertad para expresar sus criterios sobre una investigación, sin que una y otra circunstancias entrañen presión indebida hacia los funcionarios judiciales o pueda derivar en un efectivo entorpecimiento del trámite propio de la causa.

9. En torno a las apreciaciones mismas del escrito, se observa que parecen derivarse de una posible hostilidad de la ciudadanía hacia la empresa Paz del Río, de lo que apenas

es publicidad sobre el presente asunto. Y, a partir de esa presunta ojeriza, sin más, estructura su argumento de un eventual entorpecimiento de la etapa del juicio. De otra parte, en cuanto a lo que tangencialmente pudiera tener relación con el orden público el peticionario se limita a especular con lo que podrían hacer grupos de guerrilleros y delincuentes durante las diligencias del juzgamiento, sin probar tan tajante afirmación como es de rigor legal, quedando reducido todo lo argumentado a su personal y subjetivo análisis, insuficiente para ameritar el cambio de radicación solicitado, como en precedencia se señaló.

10. Y en punto a una posible incidencia del origen político de los funcionarios procesados en el trámite de la causa, el letrado parece olvidar que los jueces en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia sólo están sometidos al imperio de la ley, apareciendo como su deber primordial obrar con absoluta independencia de criterio, con abstracción completa de opiniones de los medios de comunicación y de los ciudadanos así como de las condiciones personales de todo orden de quienes son objeto de juzgamiento.

11. Así las cosas, no habiéndose acreditado con prueba idónea que en el lugar donde deba adelantarse el presente proceso dentro del cual la firma Acerías Paz del Río está reconocida como parte civil, existan circunstancias que puedan afectar la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia o el desarrollo de la etapa de juzgamiento con respecto de las garantías procesales anejas a la misma y referidas a todos los sujetos procesales, y tampoco que por razón del trámite de la causa pueda verse alterado el orden público, la Sala se pronunciará negativamente sobre el pedimento en estudio.

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

RESUELVE:

No acceder al cambio de radicación propuesto en el presente caso. En firme, regrese la actuación a la oficina de origen para lo de su cargo.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Para el acceso excepcional al recurso extraordinario de casación, con base en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, se deben tener en cuenta las siguientes exigencias: 1. El ataque debe dirigirse contra sentencias de segunda instancia e intentándose, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de dicho fallo. 2. Como sujetos legitimados para recurrir. El Procurador General de la Nación o su delegado, el defensor o el procesado. 3. La finalidad del recurso, además del desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales, debe integrarse con los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal. 4. En el escrito el recurrente deberá demostrar a la Sala fundadamente y con claridad las causales que lo motivaron para acudir a esta vía excepcional; y la necesidad del pronunciamiento de la Corte, cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas antagónicas. / El no cumplimiento de tan estrictos requisitos hace que la Corte no pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues no basta la simple intención del actor para recurrir por esta vía, toda vez que se perdería la esencia misma del instituto -la excepcionalidad-, con traicionando la naturaleza y postulados de la casación y la voluntad del legislador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación excepcional número 8980.

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 117 diciembre 14/93.

Santafé de Bogotá, D. C., 16 de diciembre de 1993.

Vistos

Decidirá la Sala sobre la petición formulada por la procesada Martha Patricia Espinal Forero, como sujeto procesal, con fundamento en el inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, para que se le conceda de manera excepcional- el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Antecedentes

Los hechos los relató el *a quo* en los siguientes términos:

"Narró el denunciante Andrés Salinas Montaño que el 18 de junio de 1986 fue sacado de su negocio y llevado por el agente de la Policía Nacional William Castro hasta la estación del barrio Kennedy, en donde bajo la amenaza de ser llevado a la cárcel y coaccionado por Ulises Jiménez y María Espinal, quienes se le presentaron como abogados, fue obligado a firmar una letra de cambio a favor de Raimundo Castro, asegurándole que de esta forma evitaría ir a la cárcel".

Abierta la correspondiente investigación y practicadas múltiples probanzas, al mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Criminal, profiriendo contra Raimundo Castro, Martha Patricia Espinal Forero y Germán Ulises Jiménez Rodríguez resolución de acusación como coautores del delito de constreñimiento ilegal, la que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, decisión que lleva fecha del 21 de mayo de 1990.

Con base en lo anterior y luego de realizada la audiencia de juzgamiento, el Juzgado Once Penal del Circuito condenó a los enjuiciados a purgar la pena de seis (6) meses de prisión como coautores penalmente responsables del delito de constreñimiento ilegal. Apelada la sentencia y al desatarse el recurso, el Tribunal concluyó con la confirmación del fallo, que ahora es motivo de este extraordinario recurso.

Impugnación

La procesada, doctora Martha Patricia Espinal Forero, interpone el recurso extraordinario de casación contra el fallo de instancia, con base en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, argumentando que la Sala debe pronunciarse "con respecto al constreñimiento ilegal, cuando se demuestra la existencia de una obligación o de un deber que el supuesto sujeto pasivo del constreñimiento estaba legalmente obligado a cumplir, y cuyo cumplimiento es precisamente el objetivo del agente, cuando mediante la advertencia de la existencia de una sanción coacciona al sujeto pasivo, en búsqueda de que el mismo cumpla precisamente con la obligación legal".

Consideraciones de la Corte

Varios pronunciamientos ha realizado la Corte en torno a las exigencias para el acceso excepcional al recurso extraordinario de casación, con base en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, las cuales son:

1. El ataque debe dirigirse contra sentencias de segunda instancia e interponiéndose, dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de dicho fallo.

2. Como sujetos legitimados para recurrir. El Procurador General de la Nación o su delegado, el defensor o el procesado.

3. La finalidad del recurso, además del desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales, debe integrarse con los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

4. En el escrito, el recurrente deberá mostrarle a la Sala fundadamente y con claridad las causas que lo motivaron para acudir a esta vía excepcional; y la necesidad del pronunciamiento de la Corte, cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas antagónicas.

El no cumplimiento de tan estrictos requisitos hace que la Corte no pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues no basta la simple intención del actor para recurrir por esta vía, toda vez que se perdería la esencia misma del instituto -la excepcionalidad-, contrariando la naturaleza y postulados de la casación y la voluntad del legislador, como se ha reiterado en varias decisiones.

En verdad, el escrito sustentatorio del recurso reúne los dos (2) primeros requisitos. Se trata de una sentencia de segunda instancia que fue proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y a la impugnante le asiste legitimidad para recurrir.

Sin embargo, la finalidad del recurso y los requisitos del escrito no se dan a cabalidad, pues la motivación del mismo es insuficiente y el tema propuesto no amerita un pronunciamiento de la Corte, en desarrollo de las funciones que le competen como Tribunal de Casación.

En efecto, la impugnante trata de hacer prevalecer los argumentos, por demás fallidos, esbozados en las instancias y el punto de controversia con el sentenciador, dirigirlo a la Corte para que desate la inconformidad, desnaturalizando así el recurso extraordinario de casación que no es una tercera instancia y sí un juicio de legalidad a la sentencia, pero sujeta a las condiciones formales, esenciales y normativas de que el legislador la ha revestido en guarda de las garantías de todos los sujetos procesales y de la misma seguridad jurídica.

Mírese, si no, cómo su motivación la hace consistir en un recuento de la actuación procesal y los sustentos jurídicos que tuvo el Tribunal para proferir el fallo condenatorio, "desestimando los argumentos de la defensa, fundamentalmente diciendo que la existencia de la obligación de carácter civil no tenía ninguna incidencia sobre la tipicidad de la conducta", para luego, solicitarle a la Corte un pronunciamiento en torno a la duda que dice asistirle, "pues son muchos los eventos en que el acontecer diario una persona es presionada a cumplir con sus obligaciones legales, pero mediante la amenaza de una sanción legal".

Diáfano resulta entender que el fin perseguido por la recurrente no es otro que la Corte le supla los vacíos conceptuales, en cuanto a las "dudas" que dice tener respecto del tipo penal de constreñimiento ilegal, cuando el sujeto pasivo de la infracción fuere un deudor moroso.

Así las cosas, la inconformidad de la memorialista radica en una peculiar interpretación del tipo constreñimiento ilegal y la posible justificación del hecho, que riñe con la lógica y con el derecho, por lo que no amerita un pronunciamiento de la Sala en esta ocasión especialísima, más aún, cuando los verbos rectores de la conducta son lo suficientemente claros en señalar que el bien jurídico tutelado es la libertad individual entendida ésta no sólo en la capacidad de desplazarse autónomamente, sino la disposición de determinarse en todos sus actos, situación esta última que no aconteció, toda vez que la autonomía personal del denunciante se vio vulnerada ante la coacción de que fue víctima por la recurrente y dos personas más, para obligarlo a firmar una letra de cambio en una estación de policía, no obstante que el crédito estaba respaldado por otro título valor (cheque), bajo la amenaza de ir a la cárcel, como efectivamente sucedió.

Práctica reprochable desde todo punto de vista, pues el abogado debe ser respetuoso del orden jurídico y utilizar las vías legales en todas sus actuaciones; en el caso

bajo estudio era por la vía civil y a través de un proceso ejecutivo, acción que no propende a la declaración de un derecho sustancial, sino su realización mediante una orden judicial, al estar reconocido éste en el título de tal fuerza, que constituye una vehemente presunción de que el derecho es legítimo.

De otro lado, los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre un tema no es imperativo para que la Corte admita por esta vía el recurso, porque sólo lo que tenga trascendencia jurídica, bien para aclarar posibles controversias o para profundizar sobre aspectos interesantes del tema, es lo que hace viable la admisión de la impugnación, no los vacíos conceptuales propios de la falta de preparación académica.

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

RESUELVE:

No admitir el recurso extraordinario de casación formulado por la doctora Martha Patricia Espinal Forero dentro del proceso de asunto.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

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.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1993

SEGUNDA PARTE

Pág.

PECULADO POR APROPIACION/ANTIJURIDICIDAD/CULPABILIDAD. 1. Con el delito de peculado se resguarda y protege -en el sentido más amplio de la expresión- los intereses relativos a la Administración Pública que se ven menoscabados cuando el sujeto agente se apropia abusivamente de bienes pertenecientes al Estado cuya administración o custodia se le ha confiado por razón de su oficio o servicio. La comisión de este delito se atribuye a título de dolo como forma exclusiva del tipo subjetivo del injusto. / 2. La antijuridicidad toma parte y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues, en esta concepción, la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo protegidos por las normas jurídicas. / 3. Cierto es que el numeral 4 del artículo 40 del C. de P., consagra como causal de inculpabilidad el denominado error de tipo para quien "obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal". Defínese esta especie de error o estado de conciencia como la que recae sobre los caracteres o circunstancias que componen el tipo penal como sobre sus elementos normativos a diferencia del error de prohibición que tiene que ver con la significación antijurídica de la conducta o injusto de hecho por creer el autor que éste no está prohibido o por creerse legitimado para hacerlo. / El error sobre un elemento integrante de la infracción -como doctrinariamente se ha aceptado con toda unanimidad- debe ser esencial para excluir el aspecto cognoscitivo del dolo y por ende, la responsabilidad penal. Pero, además, para que el error esencial excluya totalmente esa responsabilidad hácese menester que sea invencible, esto es, que elimine tanto el dolo como la culpa ya que se trata de un error insuperable para el sujeto conforme a las circunstancias concretas en que actuó. Y que el error vencible únicamente elimina el dolo mas deja

Pág.

subsistente la culpa y por tanto la exigencia de una responsabilidad criminal a este título, obviamente cuando en el hecho concurren todos los elementos constitutivos de la conducta culposa. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.* Notas: Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Sentencia Única Instancia. 93-10-04. Decisión: Condena. Acción: Doctor Hernando Rosas Pulido -Ex Cónsul de Colombia en Toronto (Canadá). Delito: Peculado por apropiación. Radicación No.: 5035 7

NON BIS IN IDEM / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. (Salvamento de voto). Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Notas: Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Sentencia Unica Instancia. 93-10-10..... 22

HURTO AGRAVADO. El delito de hurto se perfecciona o consuma en el momento en que la cosa mueble sale de la esfera de custodia, control o vigilancia de su dueño o poseedor y el sujeto agente tiene la oportunidad de disponer de ella, así sea por breve lapso. El tener el delincuente esa disponibilidad del bien, es lo que marca la separación entre el delito imperfecto y el consumado. / Bien sabido es, que el legislador consagró la circunstancia de la noche como agravante del delito de hurto, no por la simple consideración objetiva de la nocturnidad, sino en razón a que durante la noche los bienes (y también las personas) están más desprotegidos por el ordinario reposo de las personas y la mayor soledad de los parajes, lo cual desde luego, unido a la oscuridad la hacen más propicia para los ladrones. / No basta, pues, que el hurto sea cometido en las horas de la noche, si por cualquier razón en ese momento no se dan las condiciones de desprotección que constituyen la razón de ser de esta agravante. Magistrados Ponentes: Doctores *Jorge Carreño Luengas y Guillermo Duque Ruiz.* Notas: Salvamento Parcial de Voto: Doctores Jorge Carreño Luengas, Dídimo Páez Velandia y Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia Casación. 93-10-06. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia. Tribunal Superior de Ibagué. Acción: Nelson Lugo y otros. Delito: Hurto. Radicación número 7039.. 23

HURTO AGRAVADO (Salvamento parcial de voto). Los fundamentos de la agravación punitiva (de noche) encuentran su razón de ser en el peligro que el hurto nocturno representa para la vida y la integridad de la personas, el mayor riesgo que corre la propiedad privada, las ventajas para el agente de asegurar la efectividad de su propósito delictivo y el hecho evidente de que el hurto realizado de noche es más propicio a la impunidad que el cometido durante el día. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas y*

Pág.

Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento parcial de voto: Doctores Dídimo Páez Velandia, Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia Casación. 93-10-06. Radicación No.: 7039 34

COLISION DE COMPETENCIA / SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA / JUEZ REGIONAL. La competencia es un factor integrante del "debido proceso" pues apunta al derecho fundamental del "Juez Natural", encargado de aplicar el procedimiento legalmente establecido, por consiguiente no es dable asumirla ni atribuirla por vía interpretativa o analógica. Sólo el legislador ordinario o el extraordinario con poderes de excepción puede y debe señalarla en forma expresa. Los Decretos Legislativos 3030 de 1990 y 303 de 1991 que implantaron la denominada "política de sometimiento a la justicia" atribuyeron el conocimiento a las autoridades judiciales de Orden Público hoy, competencia especial dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de todos los procesos incluidos los que estuviesen en curso respecto de los cuales el procesado voluntariamente se presentare a la justicia y los confesare y aun respecto de los no confesados (art. 7° del Decreto 3030); y en forma aclarativa, el literal c) del artículo 3° del Decreto 3030, modificatorio del anterior, le señaló al Juez de Orden Público competente para conocer de los casos allí señalados el deber de pedir "a todos los juzgados del país por conducto de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, el envío de todos los procesos en los que esté vinculado el procesado como autor o partícipe". Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Colisión de competencias. 93-10-07. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Juzgado regional de Medellín. Acción: Pablo Escobar Gaviria y otros. Delito: Homicidio y otros. Radicación No. 8761..... 36

SECUESTRO EXTORSIVO / TRIBUNAL NACIONAL / COMPETENCIA. El nuevo ordenamiento de excepción trasladó la competencia respecto del delito de secuestro extorsivo en todas las modalidades y sus conexos a la entonces llamada "jurisdicción de orden público" (art. 9-1) y parágrafo del Decreto Legislativo 2790 de 1990, con vigencia a enero 16 de 1991, modificado por el artículo 1° del Decreto 99 de 1991). Era obvio que la sentencia de primer grado proferida e impugnada antes de la vigencia de dichas normas, por disposición del artículo 14 del Decreto 2790/91 -declarado exequible por la Corte- fuese revisada por el Tribunal de Orden Público por ser ese el Juez de segunda instancia y esa la última actuación pendiente. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-10-07. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Holmes Blandón Giraldo y otros. Delito: Homicidio y otros. Radicación No. 8058..... 43

NULIDAD / PERJUICIOS / DEMANDA DE CASACION. La interpretación de

Pág.

las causales de nulidad ha de ser restringida y sólo en casos verdaderamente excepcionales en los cuales el acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa o en que se hayan socavado las bases esenciales del juzgamiento, podrá acudirse a esta medida en beneficio de los intereses del procesado y de la justicia misma. Las causales de casación civil sólo son viables en el proceso penal "cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria...". Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-10-07. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del D. J. de Cundinamarca. Acción: José o Jesús Antonio Ríos Gómez. Delito: Homicidio. Radicación No.7939 48

SENTENCIA / CONFESION / REBAJA DE PENA. Los fallos de primera y segunda instancia guardan unidad conceptual en todo lo que el superior no haya descalificado expresamente. Por consiguiente, para establecer una tacha de esta naturaleza, por fuera se han de estudiar los dos proveídos. La diminuente consagrada en el artículo 229 del C. de P. P. se refiere a la confesión simple, descartándose la confesión calificada, salvo que el fallo reconozca que las exculpaciones del procesado se ciñen a la realidad. En caso contrario y teniéndose en cuenta que su colaboración con la justicia —esencia y razón de ser de la aminorante— no fue sino aparente, resultaría insólito, por tanto, que, en presencia de un engaño de tal naturaleza, el Estado premie a quien pretende ponerle escollos a la recta administración de justiica y al descubrimiento mismo de la verdad. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-10-07. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: José Oliverio Monroy. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8085 55

LIBERTAD PROVISIONAL. Para que proceda el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con los requisitos del artículo 72 del Código Penal, será necesario que se encuentre acreditado en autos la buena conducta dentro del establecimiento carcelario, los antecedentes de todo orden y la personalidad del procesado que le permitan al juez suponer fundadamente la readaptación social del peticionario. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-10-07. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Orlando Ibañez Londoño y otro. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación: 8485 64

NULIDAD/ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/CONCUSION/COHECHO. Para que una nulidad derivada del error cometido sobre la denominación jurídica del delito pueda prosperar, es requisito

Pág.

insuperable que los hechos materia de la investigación y la prueba recogida durante ésta acrediten la existencia de una concreta y determinada infracción penal, pero que a su pesar se haya dado a esa conducta una denominación diferente, adecuándola a un tipo que no le corresponde. / Tratándose de una decisión que íntegramente acoge las consideraciones y determinación adoptada en la primera instancia, debe entendérsela en un todo unificada con el análisis contenido en el fallo del *a quo*. / Mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe; de la cosa que indebidamente se da o ofrece en el cohecho, se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos -el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una que contraríe su deber, y el particular la de lucrarle o darle recompensas-, cuando menos y con la misma libertad (artículo 210 C. P. M.), a su exclusiva iniciativa da u ofrece regalos o expectativas de lucro para desviar al funcionario de la decisión debida, para conseguirla a toda costa en su favor, para inhibir secuelas de adversidad o de demora, o aun para halagar o congraciarse al menos con el servidor oficial. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-10-08. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Germán Durán Martínez y otro. Delito: Concusión. Radicación No : 7768 67

ACCION DE REVISION. La demanda de revisión no es como pudiera pensarse un escrito de libre forma y contenido, sino una petición de justicia redactada con sometimiento a las formas mínimas que exige la ley, ubicando la solicitud dentro de una de las causales taxativas y expresando con claridad los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la pretendida revisión del proceso. / No es tampoco la acción de revisión una oportunidad para revivir debates ya concluidos durante las instancias, ni para refutar las argumentaciones que sirvieron al fallador para proferir la sentencia, sino que es preciso demostrar la existencia de hechos o pruebas nuevas no conocidos en el momento de proferir la sentencia y de tal importancia y trascendencia que puedan remover el carácter de cosa juzgada que ampara la sentencia. / Siendo además la revisión una acción esencialmente probatoria, el escrito mediante el cual se propone debe ir acompañado de las pruebas demostrativas de la causal de revisión invocada, como lo establece el artículo 234 del C. de P. P. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Acción de Revisión. 93-10-11. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Oliverio Jiménez

Pág.

Buitrago. Delito: Homicidio y lesiones personales. Radicación No.: 8799 78

INSPECCION JUDICIAL / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / SENTENCIA. No basta que se señale teóricamente las reglas que se deben seguir para apreciar una prueba, sino que es necesario que se concrete si el sentenciador incurrió en algún error y la trascendencia del mismo. / Con sentido práctico y criterio lógico, el Código de procedimiento Penal actualmente vigente dispone en el segundo inciso del artículo 260, que "La inspección que se practique en la investigación previa no requiere providencia que la ordene, en la instrucción se puede omitir ésta, pero practicada y asegurados los elementos probatorios, se pondrán a disposición de las partes por el término de tres días para que soliciten adición de la diligencia si fuere el caso". / La incoherencia en que con tanta frecuencia incurren los sentenciadores, propicia que la Corte llame la atención sobre la necesidad de que al redactar el fallo se tenga presente que éste no es un conjunto de comportamientos aislados, sino una elaboración lógico-jurídica, en donde todos los capítulos deben guardar armonía, ya que es desconcertante que se relaten unos hechos y luego en los considerandos se concluya que las cosas no sucedieron así sino de otra manera. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación, 93-10-12. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jorge Alarcón. Delito: Homicidio y lesiones personales culposas. Radicación No.: 7770 81

PRUEBA NUEVA / ACCION DE REVISION. Todo hecho para que tenga relevancia jurídico-procesal debe estar vertido en cualquiera de los medios de prueba contemplados en la ley, y es así que resulta imperativo en orden a la decisión sobre viabilidad de la acción con base en el aspecto formal de la demanda, establecer si el hecho vertido en la prueba nueva fue realmente desconocido para el fallador. / Presupuesto de la acción de revisión es la ocurrencia de la causal que se aduce. Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Acción de Revisión, 93-10-13. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Acción: José Cristobal Gómez V., ex agente de la Policía Nacional. Delito: Abandono del servicio. Radicación No.: 8748 89

CASACION DISCRECIONAL. Los requisitos que debe cumplir un escrito que pretenda acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excepcional del artículo 218 del estatuto procedimental, no sólo son los propios del instituto, sino también otros adicionales, instituidos por el legislador para permitir su estudio pese a que en principio, se le encuentra vedado su acceso. / Respecto a los primeros se requiere que se intente contra una

Pág.

sentencia de segundo grado, que se proponga dentor de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha decisión, y que el recurso lo impetre el Procurador, su delegado o el defensor del imputado. Por consiguiente, los demás sujetos procesales (el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable) no pueden hacerlo aunque les es dable expresar su opinión como partes no recurrentes en el momento procesal que se les asigna para tal fin. / La controversia que se suscite ha de propender al desarrollo de la jurisprudencia, esto es, a enriquecer temas ya tratados proponiendo otras perspectivas jurídicas, remediando problemas surgidos de anteriores soluciones, en fin, dándole al debate nuevas connotaciones que, a la luz del caso concreto en estudio, sirvan para exponer razonamientos novedosos hacia el futuro para casos análogos. En cuanto a las garantías fundamentales, piedra angular de nuestro sistema democrático, es evidente, que cualquier conculcación conspira contra él y debe ser corregido por la administración de justicia pues, en su salvaguardia, se encuentra su razón de ser. Ninguna mácula es permitida en este aspecto y por ello, la vía excepcional se constituye en garante de ello. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-10-13. Decisión: Inadmite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Luis Antonio Pérez. Delito: Porte ilegal de armas. Radicación No.: 8826. 96

CASACION DISCRECIONAL. "Cuando uno de los motivos esgrimidos para acogerse a la vía de la casación excepcional es la necesidad de desarrollar o unificar la jurisprudencia nacional sobre un punto de derecho cuestinado, es deber insoslayable del peticionario exponer las razones en que funda su pretensión, confrontando la posición de la jurisprudencia existente, con los puntos de su disentimiento y aportando sus posturas dialécticas sobre el tema, a fin de que la Corte contando con las pautas necesarias pueda vislumbrar la necesidad o de un cambio o de una ampliación orientados a enriquecer los criterios de inte.pretación y aplicación de la ley". Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Casación. 93-10-13. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jairo Antonio Orozco Cuervo. Delito: Falsedad personal por atribución de nombre. Radicación No.: 8139..... 100

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE DERECHO / PRUEBA / SANA CRITICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Cada categoría de falso juicio posee su propia naturaleza y sus particulares efectos, que lo torna en una entidad autónoma y, por tanto, excluyente de los demás. Por ello, alegarlos al tiempo sobre una misma probanza, no sólo viola el principio de no contradicción; también oscurece el pensamiento del casacionista, pues la Sala se ve impedida de escoger ante la disyuntiva presentada, merced al

Pág.

principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario. / Necesariamente si se pretende que a una prueba se le dé una determinada valía con apoyo en las reglas de la sana crítica, necesariamente debe partirse de su legalidad, si es ilegal, su valor es nulo y, por ende, se excluye cualquier tipo de justiprecio. Alegar por consiguiente, al mismo tiempo que una prueba no cumple con los requisitos legales para tener fuerza probatoria pero que sí los llena aunque no posee la estima que le dio el sentenciador, configura una contradicción imposible de resolver. / Desde el derogado ordenamiento procesal se hizo recaer el peso de la valoración en la sana crítica del juez, apoyada en las reglas de la lógica y la experiencia, en el correcto entendimiento humano y en sus conocimientos jurídicos. Por tanto resulta inmedible y, por ende, de imposible demostración un falio en este ámbito, pues no se puede establecer un desconocimiento de lo querido por la ley cuando ésta no les indica ningún valor específico a las diferentes probanzas. / Cada probanza en particular y su rol dentro de las demás, permiten abordar la cuestión en forma integral, única manera de demostrar la trascendencia de los errores cometidos por el sentenciador, de tal magnitud que, de no haber incurrido en ellos, el fallo habría sido notoriamente más favorable al actor. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-10-13. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: César Julio Forero y otro. Delito: Concusión. Radicación No.: 7509 103

TESTIMONIO / ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD / INEXISTENCIA. Si de un testimonio en particular se predica que ha sido aducido al proceso mediante tortura, intimidación o amenaza por parte de los funcionarios que conocieron de la investigación y a pesar de ello fue apreciado como prueba determinante de la responsabilidad penal del procesado, es indudable que se trata de un error de derecho por falso juicio de legalidad por cuanto la declaración no fue recibida en forma libre y espontánea sino contra voluntad del deponente. / La prueba así producida es inexistente por carencia de requisitos sustanciales para su validez; vicio que nace y muere con ella y no comunica sus efectos nocivos a la actuación posterior afectando la validez parcial o total del proceso. / Cuando el ataque a la sentencia se circunscribe a un error de apreciación de las pruebas o de los hechos por ella revelados, no cabe duda de que la vía indicada para su comprobación es la indirecta y no la nulidad porque se trata de un error in judicando determinante de aplicación de la ley sustancial que permite la remoción de la sentencia, y no de un error in procedendo que invalida la actuación retrotrayendo el procedimiento para subsanar el vicio detectado. Magistrado Ponente:

Pág.

Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-10-13. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Regulo Prada Cortés. Delito: Hurto. Radicación No.: 6877 110

ACCION CIVIL / *REFORMATIO IN PEJUS*. La obligación civil, consecuencia del delito que a la vez le sirve de fuente al tenor del artículo 1491 del C. C. no constituye pena y es ésa la razón para que pueda perseguirse dentro o fuera del proceso penal en este último evento, con base en la sentencia condenatoria. Siendo así, el aumento que su cuantía pueda soportar en la segunda instancia, aun siendo única parte apelante la acusada, está por fuera de la prohibición de reforma en perjuicio del artículo 31 de la Carta. Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-10-13. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Wenceslao Sabogal Mora y otra. Delito: Fraude procesal. Radicación No.: 8076 116

EMBARGO/COMPETENCIA/CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/LIBERTAD DEL PROCESADO. 1º Es claro que en sede extraordinaria de casación a esta Sala no le es dado tramitar lo concerniente a embargos. 2º El actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), al tratar el tema de la casación, también trae explícitamente la competencia para resolver lo que atañe a las libertades que se pidan en esta sede extraordinaria (art. 231). 3º Cuando la ley dice que la petición de embargo procede "en cualquier momento" (arts. 47 y 52, Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991, respectivamente), ha de entenderse que esa intemporalidad atañe a las instancias y no a la sede extraordinaria de casación, en la cual la ley únicamente le permite a la Corte decidir en torno a la libertad del procesado. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación. 93-10-13. Decisión. Se abstiene. Acción: Reinaldo Santamaría. Delito: Falsedad. Radicación No.: 8369 125

REDENCION DE PENA POR TRABAJO. A partir de la expedición de la Ley 65 de 1993, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final del artículo 98, el instructor "no podrá enseñar más de cuatro horas diarias...", es decir, que con esta disposición se hizo claridad sobre el punto concreto, sin que pueda aceptarse desde su vigencia un tiempo superior al allí establecido como máximo para desempeñarse un recluso como instructor o educador. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Recurso de apelación. 93-10-13. Decisión: Confirma la providencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Aristides Betancourt Ciffetelli, ex Juez Unico Especializado en Manizales. Delito: Prevaricato por acción. Radicación No.: 8836 127

Pág.

ACCION DE REVISION / APELACION. No existe recurso de apelación contra el auto que decide sobre la admisibilidad de la demanda de revisión. Se considera que resulta innecesario ocupar la atención sobre la subsidiaridad del referido recurso, pues siendo un aspecto inherente a la viabilidad de tal impugnación, presumiéndose ésta, por tanto resulta impertinente su examen en un evento de improcedencia del recurso. Magistrados Ponentes: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia*. Notas: Adición de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Recurso de hecho. 93-10-14. Decisión: Declara que no hay lugar a la apelación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Luis C. Alvarez Machado. Delito: Abuso de confianza. Radicación No.: 8620 123

APELACION (ADICION DE VOTO). Magistrados Ponentes: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Dídimo Páez Velandia*. Notas: Adición de voto: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Recurso de hecho. 93-10-14. Radicación No.: 8620 137

EXTRADICION / PRUEBA. Las pruebas solicitadas dentro de un incidente de extradición deben reunir los mismos requisitos que la legislación colombiana exige para su procedencia y validez, pues de lo contrario correrán la suerte indicada en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, esto es, su rechazo. / El procedimiento que obliga a la Corte es el del Estado colombiano, a falta de tratados internacionales sobre la materia. Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Extradición. 93-10-14. Decisión: Deniégase por inconducente. Acción: Ramiro E. Reyes T. Delito: Tráfico de estupefacientes. Radicación No.: 8738 138

RECUSACION. Asiste la razón a la Sala de Decisión del Tribunal que rechaza la separación pretendida por el procesado, pues de los términos de su escrito se deduce, sin duda, que la denuncia o denuncias que hubiera formulado contra los funcionarios integrantes de la Sala ha surgido últimamente y como consecuencia de la tramitación legal que se ha seguido en segunda instancia al proceso de causas acumuladas, esto es, no se debe tal denuncia a hechos delictivos preexistentes a este asunto, que es la única posibilidad procesalmente admisible en materia penal a la luz del ordenamiento respectivo -y aun conforme al actual-, que no contempla la intervención de la Corte, de llegar a considerarse una eventual favorabilidad, artículo 103-10, pues que éste hace operante la recusación cuando siendo formulada la denuncia posteriormente a la iniciación del proceso el funcionario haya sido vinculado procesalmente. / Las causales de impedimento son taxativas, lo que implica que ni siquiera por vía interpretativa puedan desconocerse. Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Auto recusación. 93-10-14. Declara

Pág.

infundada la recusación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Rubén Darío Otálora. Delito: Falsedad y estafa. Radicación No.: 8817. 142

PROCURADOR REGIONAL/COMPETENCIA/UNICA INSTANCIA. A la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y legales, el fuero reconocido a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación (procuradores regionales) desapareció, quedando esa competencia radicada, en cuanto al juzgamiento, en los Tribunales Superiores del Distrito Judicial del lugar de los hechos (art. 70.2 C. de P. P.). Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*. Unica instancia. 93 10-14. Decisión: Se abstiene. Acción: Manuel María Velásquez, ex Procurador Regional de Villavicencio. Delito: Falsedad, peculado y violación a la reserva. Radicación No.: 512. 146

COMPETENCIA/NULIDAD/PERITO/INIMPUTABILIDAD/DERECHO DE DEFENSA/PENA ACCESORIA. Erradamente se supone, entre dos funcionarios de igual facultamiento funcional en el campo de la instrucción que uno de ellos, el que primero realiza diligencias previas, adquieren unos atributos tan absolutos y especialmente como para impedir la intervención de otro funcionario de igual categoría y competencia. / Así no fuera procedente el reparto de las diligencias iniciales, mecanismo que procura una eficiente distribución de trabajo, el aspecto no pasaría de revelar una secundaria irregularidad, tratable desde el punto de vista disciplinario o como factor de animadversión o predilección en una investigación en que se cuestiona la rectitud del funcionario (prevaricato), pero que nunca puede trascender al campo de la nulidad, bajo el ropaje jurídico y caprichoso de la falta de competencia. / Si bien es aconsejable, dentro de una buena práctica de justicia, el dejar definido el estado mental de un procesado, antes de una resolución acusatoria, máxime cuando el asunto ha suscitado pareceres encontrados, su demostración, durante el juicio, no constituye un motivo de anulación, pues el procedimiento aplicable a este proceso (anterior Código de Procedimiento Penal), y el actual, no se altera sustancialmente, permitiéndose el correctivo al momento de proferirse la sentencia, oportunidad en la cual se aplicará una medida de seguridad en vez de pena; en caso contrario, esto es, cuando la modificación implicaría mudar una medida de seguridad (se había reconocido la inimputabilidad del procesado) a una pena (plena imputabilidad), la vía reconocida por la jurisprudencia es la de decretar la correspondiente nulidad para formular una acusación conforme a esta nueva situación. / Ambas formas de juzgamiento (ante jueces de derecho o ante jueces de conciencia) representan una válida forma de administrar justicia dependiendo su aplicación de lo que la ley mande al respecto, al momento de celebrarse la correspondiente audiencia. La excepción señalada a este

Pág.

respecto sólo contempla la hipótesis de darse una efectiva, real y actual intervención del jurado pero no la posibilidad de su actuación. / Nunca se ha supeditado la vigencia de un determinado procedimiento a la fecha de comisión del ilícito, así con posterioridad a ésta devengan variaciones de trámite, salvo lo atinente a su consultabilidad. Tal circunstancia sí tiene vital importancia en cuanto a las consecuencias punitivas. La tolerancia hacia un medio de prueba o la no interposición de recursos, así se trate de piezas fundamentales (v. gr. auto de medida de aseguramiento, vocatorio a juicio, sentencia), o la renuncia a que se concluya el trámite de los interpuestos, no es indicativo por sí de una defectuosa asistencia profesional. / Las penas accesorias deben dispensarse dentro de los términos de duración que para ellas determina el Estatuto Penal. Y la cuestión es tanto más entendible cuando puede advertirse que, durante el término de purgamiento de la pena privativa de la libertad, tales sanciones tienen un efectivo cumplimiento Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.* Sentencia Casación. 93-10-14. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Hernán Antonio Cano Alvarez. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7930. 148

COLISION DE COMPETENCIA. La norma procesal (art. 99 C. P. P.) es clara en señalar al funcionario judicial que propone el conflicto de competencia que remita el proceso con auto motivado a quien estime ser el competente, para que el destinatario, a su vez, acepte o rechace las afirmaciones expuestas por el remitente; en este último evento deberá proferir auto exponiendo las razones de su negativa, y entonces sí, enviarlo al superior. Colisión de competencias número 8814. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* Auto colisión de competencias. 93-10-14. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Juzgado 14 Penal Municipal de Barranquilla. Radicación No.: 8814. 160

COLISION DE COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El conflicto de competencia que se suscite "entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República" lo resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por expresa disposición del artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal vigente. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.* Auto Colisión de Competencias. 93-10-21. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar. Acción. Alberto Vargas y otro. Delito: Porte ilegal de armas y municiones. Radicación No.: 8819. 162

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Cuando se alega nulidad por no haberse practicado pruebas, túcale al actor demostrar que esas pruebas cuya

Pág.

práctica se omitió de obtrar en el proceso habrían cambiado el sentido del fallo. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-10-14. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Acción: Félix E. Ramírez. Delito: Homicidio, hurto y porte ilegal de armas. Radicación No.: 8081 167

ACCION DE REVISION / DEMANDA DE REVISION. El legislador en su artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, fija los requisitos formales de la demanda, esto es, lo que ella, necesariamente, debe contener, so pena de que sea desestimada in limine. Allí en su numeral 3º, se exige la determinación de "la causal que (se) invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud" y, en el 4º, se señala que se debe verificar una 'relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición'. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Acción de Revisión. 93-10-14. Decisión: Desestima *in limine*. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Acción: Hermes Quintero Nieto. Delito: Homicidio Radicación No.: 8717. 175

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. No existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al Congresista, pero no a las sociedades de la cual éste sea asociado. Distinta es la situación, cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquélla. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 del Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Notas: Salvamento de voto: doctores: Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez. Unica Instancia. 93-10-14. Decisión: Se abstiene. Acción: Doctor Rodolfo Segovia Salas, Senador de la República. Delito: Celebración indebida de contratos. Radicación No.: 7838 183

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Notas: Salvamento de voto: doctores: Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez. Unica Instancia. 93-10-14. Radicación No.: 7838 190

CULPABILIDAD / DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL / *IN DUBIO PRO REO* / HURTO / TENTATIVA / SANA CRITICA /

Pág.

CONCURSO APARENTE DE TIPOS. El elemento subjetivo del delito es uno de los aspectos de más difícil prueba, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, aspecto intangible de la personalidad que sólo aflora con la realización de la conducta y es por ello que partiendo de los actos externos realizados por la persona se deduce o infiere la existencia de un comportamiento intencional o no, y cuál la finalidad perseguida con la realización de dicha conducta. / A nivel de delitos contra la vida y la integridad personal, doctrinantes y tribunales han reiterado que aspectos como la calidad del arma utilizada, la forma en que es usada, la distancia desde la cual es utilizada, el número de veces que se reiteró su uso y la región anatómica interesada son elementos trascendentales para deducir la existencia de una determinada intención y de la finalidad perseguida por el autor. / La violación directa de una norma sustancial se da en el caso específico del *in dubio pro reo*, cuando el sentenciador ha reconocido que existían dudas respecto al hecho motivo de juzgamiento y a pesar de ello inaplica el artículo 445, concretándose la violación directa de la ley por falta de aplicación de la norma que era de imperativo reconocimiento al aceptarse dialécticamente la existencia de la duda. / Dentro de la sistemática de la libre apreciación probatoria, establecida por nuestro legislador, el juzgador, atendiendo los lineamientos de la sana crítica, valora los medios de convicción de conformidad con su criterio, que no puede ser desconocido en el recurso extraordinario de casación y menos aún cuando la sentencia se ataca por la presunta violación directa de la ley sustancial. / Si se trata de una misma conducta, perfeccionada en relación con una parte del patrimonio que se vulneró, e imperfecta con relación a otra fracción de éste, nos encontramos frente a un concurso aparente de tipos en el que el tipo de mayor relevancia jurídica subsume al de menor jerarquía. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Notas: Salvamento parcial de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. 93-10-15. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Germán Orlando Martínez Rojas y José Mauricio Jiménez García. Delito: Tentativa de homicidio y hurto calificado. Radicación No.: 7724. 197

TENTATIVA / CONCURSO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Notas: Salvamento parcial de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. 93-10-15. Radicación No.: 7724 207

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. La acumulación jurídica de penas solamente opera en dos eventos: a) Cuando se trata de delitos conexos fallados separadamente, y b) En los demás casos, si para el momento del primer fallo procesalmente era viable la acumulación pero no se dio por

Pág.

cualquier motivo. / Se pueden acumular las penas respecto de sentencias condenatorias. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-10-19. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Faunier Chavarro. Delito: Homicidio y otro. Radicación No.: 8083 209

PRUEBA / DEBIDO PROCESO. Si lo esencial del derecho probatorio radica en la aducción de la prueba y la publicidad y la contradicción de ésta, debe el medio probatorio proponerse inexorablemente antes de la intervención de las partes (audiencia) que, como se recordará, es por una sola vez. Sostener lo contrario es conducir al Juez a desconocer el debido proceso que, como derecho fundamental, debe imperar igualmente en el trámite del juzgamiento. Por manera que el argumento de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas ha de entenderse sin perjuicio del rito esencial que como debido proceso ha fijado el legislador. Las partes, por lo demás, deben estar atentas al desarrollo de éste para hacer uso oportuno de sus derechos; cualquier negligencia de su parte no tiene la virtualidad de convalidar un término así ello redunde en perjuicio de su asistido. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Segunda Instancia. 93-10-19. Decisión: Confirma. Acción: Nohora Gema Gómez de Ruiz. Delito: Falsedad y peculado. Radicación No.: 8809 216

PREVARICATO / EMBARGO. El Juez no puede ampararse en tesis como que el auto que ordenó el secuestro es ilegal porque el embargo no se perfeccionó dantes como lo manda la ley; y que el secuestro del vehículo era jurídicamente imposible, porque no se podía embargar estando su propiedad en cabeza de otra persona ajena al ejecutado, para mantener una inactividad absoluta, pues si ése era su criterio, ha debido entonces definir la situación con la medida pertinente. / Las órdenes de embargo de automóviles, en virtud de las medidas cautelares, cumplen actualmente tan sólo la función de simple información. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Aclaración de voto: doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Segunda Instancia. 93-10-22. Decisión: Confirma sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Víctor Manuel Moreno. Delito: Prevaricato. Radicación No.: 8505 219

NON BIS IN IDEM (ACLARACION DE VOTO). Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Aclaración de voto: doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Segunda Instancia. 93-10-22. Radicación No.: 8505 235

PRUEBA / INDICIO. La prueba de indicios, como todo medio de comprobación, tiene su metodología teórica y práctica, técnica y científica, que no puede

Pág.

dejar de consultar y aplicar el que conoce de un juicio penal. Por eso resulta estéril pretender como descubrimiento dialéctico probatorio, en este segmento, la consagración de una variante legislativa que se traduce en considerar el indicio, no como medio de prueba, sino como "actividad del raciocinio sobre un medio de prueba" o "juicios de valor que permiten realizar conclusiones que tienen valor probatorio", pues esto tiene que decirse también, y con igual sentido, de la pericia, de la confesión, de los testimonios. La prueba de indicios, como amplia categoría de medios jurídicos para hacerse a la verdad, se muestra par de otras recogidas por nuestro estatuto: inspección judicial, testimonio, confesión, pericia, documentos. Su resultado óptimo y despreciable no depende tanto del medio abstractamente considerado, como sí de la idoneidad en su producción y la calidad, perspicacia, poder crítico y evaluativo de quien maneja este invaluable instrumento y debe hacerle servir sus fines propios. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-10-22. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Franco Mendellini. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No.: 8053 236

PROCEDIMIENTO PENAL/CASACION DISCRECIONAL/PRINCIPIO DE PRECLUSION/PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD. En el sistema procesal imperan los principios de preclusión y de eventualidad. / En virtud del primero, el proceso se halla estructurado por secciones que cumplen una progresiva y determinada función que les confiere eficacia a los actos procesales que las partes deben cumplir, siempre y cuando lo hagan en las oportunidades y dentro de los términos expresamente señalados en la Ley. Cumplida esa condición sin actuar, o con una insuficiente o equivocada actuación, el acto precluye, y por tanto, no puede ya realizarse. Por razón del segundo, íntimamente vinculado al anterior, las partes deben aducir de una sola vez todos los instrumentos probatorios y dialécticos requeridos para el empleo de la oportunidad procesal, no siéndoles dado, por consiguiente, aportarlos extemporáneamente "por instalamentos" y a su propio arbitrio. Correlativamente, ambos principios sujetan al Juez, que no puede desconocerlos sin vulnerar garantías fundamentales. / Es indispensable que la petición de concepción del recurso de casación en los casos no ordinarios -los de los dos primeros incisos del artículo 218 C. de P.P.- se fundamente sumariamente. Si ello no se requiriera, habríale bastado al legislador extender sin condicionamiento de ninguna índole el recurso de casación a toda clase de sentencias en materia penal; si no lo hizo de esa manera, es porque sencillamente el recurso de casación así reglado obedece a una pauta política del Estado y está consagrado para cumplir una función específica en el proceso penal. / Es obvio que si la solicitud de concepción del recurso ha

Pág.

de hacerse dentro del término que para impugnar en casación se tiene, es en esa oportunidad y no en otra, cuando la fundamentación sumaria de lo que el casacionista pretende al seleccionar la alternativa -si es que opta por una sola de ellas- del tercer inciso del artículo 218 C. P. P., debe hacerse, y sólo como guía para que la Corte estudie la eventualidad de la concesión del recurso y discrecionalmente decida. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-10-22. Decisión: No repone. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Robinson R. Rada G. Delito: Infidelidad a los deberes profesionales. Radicación No.: 8713 243

ACCION DE REVISION / COSA JUZGADA. Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción de revisión, por tratarse del cuestionamiento a una sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Distrito Judicial. / La acción de revisión es un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez cede el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causales señaladas taxativamente en la ley. / Siendo la cosa juzgada también una de las garantías procesales más importantes que permite considerar a determinadas decisiones judiciales definitivas dando así la seguridad debida a las mismas, se entiende por qué una acción de revisión sea tan exigente, pues se trata nada menos de buscar con ella la supresión de los efectos de la cosa juzgada judicial. Se impone, por consiguiente, la cuidadosa selección de la causal y fundamentalmente la de las pruebas en que ésta se funda; es un nuevo proceso en donde el objeto cuestionado es la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, porque al pretender su remoción con la demostración de un error inexistente se busca que la administración de justicia inexorablemente tenga como soporte siempre la verdad real. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Acción de Revisión. 93-10-27. Decisión: No dispone la revisión. Acción: Jorge F. Muñoz M. Delito: Homicidio. Radicación No. 7997 248

TERMINO / DEMANDA DE CASACION. La ley otorga a las partes términos perentorios para hacer efectivos los derechos que les confiere, so pena de restringirles su ejercicio. / El Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el trámite de la vía extraordinaria de impugnación, sanciona con la deserción del recurso de casación dos situaciones; la primera, cuando ninguno de los recurrentes sustenta el recurso con la introducción del respectivo libelo; la segunda, cuando la demanda presentada no cumple con las formalidades de ley. / La única sustentación válida es aquella que se ha

Pág.

cumplido en forma oportuna. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-10-27. Decisión: Declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Acción: Yolanda León Manosalva. Delito Homicidio. Radicación No.: 8774 255

JUEZ / TERMINO. Es el principio elemental y básico que en el proceso las decisiones las adopta el Juez (unitario o colegiado según el caso), y por consiguiente mientras éste no haya decretado la suspensión de un término, las partes deben cumplir los actos que les corresponden dentro del lapso que la ley les ha señalado. Así lo prevén los artículos 170 y concordantes del C. de P. P. que regulan la materia. Dentro de las causales se cuenta el 231, norma especial del recurso de casación, que ni siquiera para el trámite de las solicitudes de libertad autoriza la interrupción de los términos en el diligenciamiento de este recurso. Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-10-27. Decisión: Declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Alfonso Olave Berchal Delito: Homicidio. Radicación No.: 8773 258

CASACION DISCRECIONAL / COMPETENCIA. La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que quien haya proferido la sentencia decida si concede o no el recurso extraordinario se halla referida con exclusividad a aquellos casos en que la impugnación extraordinaria se sujeta a los solos requisitos legales previstos en el inciso primero del artículo 218 del citado estatuto. / Cuando aquellas exigencias relacionadas con el órgano que produjo el fallo de segunda instancia o la gravedad de la pena no se cumplen, la decisión sobre admisibilidad queda deferida de manera excepcional a la Sala de Casación Penal por expresa previsión del inciso tercero del citado artículo 218, siendo la discrecionalidad de la Corte y no la de otro funcionario la que allí se invoca. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-10-27. Decisión: Decreta nulidad. Procedencia: Juzgado 26 Penal del Circuito de Cali. Acción: Javier Angulo Lucio. Radicación No.: 8818 261

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL. La condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o el juzgador de segunda instancia al revisarla por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto. / Y en cuanto al subrogado de la

Pág.

condena de ejecución condicional, corresponde al juez de ejecución de penas, una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, cuando el procesado acredite reunir los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-10-27. Decisión: Declara improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Rodrigo Aguilar Valle. Delito: Peculado por apropiación y prevaricato por omisión. Radicación No.: 8732 264

CESACION DE PROCEDIMIENTO/APELACION/REPOSICION/AMNISTIA/INDULTO. Por mandato expreso de consolidación de los actuales procesos de paz (Decreto 213 de 1991) en contra del auto que decida sobre la cesación de procedimiento o la inhibición, únicamente procede el recurso de apelación y no el de reposición / Dígase en primer término que en estos dos recursos ordinarios (reposición y apelación) son dos tipos de impugnación no sólo autónomos sino también muy diferentes, como que el primero busca que quien dictó el proveído que motiva la inconformidad del impugnante lo revoque o modifique (confundiéndose así las calidades del juez a quo y juez ad quem), mientras que por medio del segundo, aunque se persigue lo mismo, ello se depreca ante un juez distinto y de mayor jerarquía / Dice el Tribunal, como argumento para sostener que esos homicidios se cometieron fuera de combate, que el guerrillero que los ejecutó iba vestido de civil y no "abiertamente" armado, queriendo decir con esto último que sólo sacó el arma cuando se decidió a disparar. Esta Sala considera al respecto que las circunstancias referidas son justamente propias de la guerra de guerrillas que sirve de contexto al presente caso. Que ya no se uniformen los guerrilleros es apenas obvio y se acostumbra a hacer como medida de cuidado y protección; se debe estar muy bien mimetizado para conseguir no ser descubierto. Magistrado Ponente: Doctor *Guillero Duque Ruiz*. Notas: Aclaración de voto: doctores Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Carreño Luengas y Edgar Saavedra Rojas. Indulto Segunda Instancia. 93-10-27. Decisión: Revoca el auto. Procedencia: Tribunal Regional. Acción: Jesús María Zapata y otros. Delito: Rebelión, homicidio, secuestro y hurto. Radicación No.: 8691 266

APELACION (Aclaración de voto). La ley procesal penal no prohíbe en ninguna de sus normas que el recurso de apelación pueda interponerse como subsidiario del de reposición. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Notas: doctores Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas y Juan Manuel Torres Fresneda. Indulto Segunda Instancia. 93-10-27. Decisión: Revoca el auto. Radicación No.: 8691 276

Pág.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO/DICTAMEN. El régimen de impuesto a la renta y complementarios señala que si se incrementa el patrimonio líquido en el año o período gravable en cuantía superior a la que se pueda justificar de acuerdo con los ingresos constitutivos o no de renta, ganancias ocasionales, valorizaciones, etc., declarados, se presume que se han omitido ingresos. En este evento, el fisco puede tomar como renta gravable la diferencia entre el patrimonio líquido del año fiscal frente al patrimonio líquido del año anterior. / Para evitar este sistema, la Administración de Impuestos le da opción al contribuyente de que efectúe su conciliación patrimonial, para liquidar el impuesto por el sistema de comparación de patrimonios y no para determinar variaciones patrimoniales injustificadas o no. 2º Si bien es cierto que la esencia de la contabilidad como ciencia no son los registros contables, también es verdad que para realizar cálculos y mediciones con el objeto de desarrollar un estado financiero deben existir soportes sobre los cuales se pueda determinar los ingresos recibidos, los préstamos otorgados, las cuentas por cobrar, las cuentas por pagar y su vencimiento y no calcularlos sobre la presunción de su existencia. Por esto, el Decreto 2160 de 1986 es muy claro al precisar que la contabilidad y la información financiera se fundamentan en los bienes materiales e inmateriales que posean un valor económico y por lo tanto sean susceptibles de ser valuados en términos monetarios. Penalmente lo que interesa es que la persona esté capacitada para rendir su informe, contadora o no. 3º Si se cumplió con la misión encomendada, satisfaciendo en el fondo lo que se pretendía con el dictamen, esto es, siendo éste calificado, técnico, diciente, poco importa que no se cumpla con el requisito formal de que se rinda por contador público. Lo que interesa al fin es el dictamen en sí, por que ilustre, dilucide un punto, más que la persona que lo rinda. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Unica instancia. 93-10-27. Decisión: No repone. Acción: General (r) José Guillermo Medina Sánchez. Delito: Enriquecimiento ilícito. Radicación No.: 3698 279

ACCION PENAL / ACCION DISCIPLINARIA / CIERRE DE INVESTIGACION / NULIDAD / AUTO INTERLOCUTORIO. No es atinado sujetar la suerte de la acción penal o disciplinaria, en ningún evento, a la manifestación que sobre el particular realice la segunda instancia, cuando ésta se pronuncia sobre la determinación de la que se desprende la ocurrencia delictiva. / El auto de cierre recibe una ejecutoria material. / El haber decretado la nulidad con un auto de simple "cúmplase" constituye una irregularidad, pero lo que no puede predicarse es que se haya conculcado la estructura básica del proceso, lo que de pronto se habría sucedido en el evento de que la determinación asumida no hubiera tenido razón de ser. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Segun-

Pág.

da Instancia. 93-10-27. Decisión: Confirma el auto del Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Acción: Orlando Sánchez Mozo. Radicación No : 8736 290

PECULADO POR APROPIACION/HURTO/CALIFICACION DEL SUMARIO. Es obvio que la ofensa a la administración pública se produce, en el peculado por apropiación de bienes, cuando se perturba la capacidad o el poder jurídico de disponer del patrimonio oficial, puesto que ello será la ruptura de las reglas de un buen servicio de la administración. El simple apoderamiento del bien, así sea oficial, es un delito de hurto si el agente no actúa con infidelidad al deber de administrar dichos bienes oficiales. Por ello se ha entendido que no es riguroso afirmar que la ofensa al interés jurídico de la administración pública se produzca por el apoderamiento de los bienes (que en ello coincide con el hurto) sino en el desapego a los deberes jurídicos de administrador del patrimonio estatal. / Erróneamente calificado el sumario, se atentó indudablemente contra el debido proceso, pues frente a unos hechos, la justicia tiene la obligación de tipificarlos correctamente. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-10-28. Decisión. Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Robert Franco Vargas y otros. Delito:Peculado por apropiación. Radicación No.: 8043 297

COLISION DE COMPETENCIA. Cuando se propone una colisión de competencia negativa, el pronunciamiento que le corresponde al juzgado al que le fue propuesta es: a) Avocar el conocimiento si se considera competente; b) No aceptar los planteamientos del colisionante, caso en el cual remite el proceso al superior que le corresponda dirimir el conflicto, mediante providencia en la que explique los motivos por los cuales considera que es incompetente. / Es apenas natural entender que si el funcionario, luego de que se plantea el conflicto, resuelve mediante auto avocar el conocimiento y dispone continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Colisión de competencias. 93-10-28. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Juzgado Penal Municipal de Ubaté. Acción: Carlos Rodríguez. Delito: Estafa. Radicación No.: 8857 306

LIBERTAD PROVISIONAL/ANTECEDENTES/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. El numeral segundo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal establece como requisitos para otorgar el beneficio de libertad provisional los mismos del artículo 72 del Código Penal; es decir, cuando el procesado haya cumplido las dos terceras partes de la condena,

Pág.

que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer al juez fundadamente su readaptación social. / Igualmente el artículo 248 de la Constitución Nacional consagra que "únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales". / No solamente debe tenerse en cuenta el aspecto cronológico; es decir, que se hayan descontado las dos terceras partes de la pena, ya que ello equivaldría a desconocer el sentido y alcance del artículo 72 del Código Penal, sino que dicha disposición apunta así mismo a que quien pretende ser liberado provisional o condicionalmente haya observado buen comportamiento anterior al hecho que se le imputa y durante el período en reclusión, pues sólo así puede el juzgador valorar su personalidad, para declarar la viabilidad o no del beneficio reclamado. / La presunta inocencia y posibles irregularidades en el adelantamiento de la investigación no puede la Corte atenderlos en un incidente de libertad, pues sólo ello es posible al momento de proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario de casación, en el evento de prosperar las demandas presentadas. Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-10-28. Decisión: No repone. Acción: Orlando Ibañez Londoño. Radicación No.: 8485 310

RESOLUCION DE ACUSACION/SANA CRITICA/PERITAZGO/FALSEDAD / JUEZ / PRUEBA / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. No es potestativo sino obligatorio para un juez proferir resolución de acusación una vez que el proceso arroja los presupuestos que él establece. Posteriormente circunscribe las bases de tal determinación a dos aspectos: el primero, que el hecho investigado se adecue a una de las descripciones del estatuto penal; y el segundo que al menos haya un testimonio digno de credibilidad o indicios graves de la responsabilidad del implicado. / Son dos fases del fenómeno delictual que si bien concurren para revelar si alguien ha infringido la ley penal, son perfectamente diferenciables. / En materia penal el legislador otorgó al juez plena libertad probatoria. / La prueba pericial no es la única vía que tiene la capacidad de demostrar la alteración de la verdad en un documento / El hecho de que la falsedad no se haya cometido a través de la imitación de las firmas no significa que la falsedad desaparezca o resulte inocua. / La responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código. / El hecho de revisar un pronunciamiento del inferior jerárquico para modificar las decisiones allí adoptadas, sin dar los fundamentos de esa determinación, sin desvirtuar las bases probatorias o conceptuales que sustentaban aquel proveído, aportando argumentos

Pág.

contradictorios, desconociendo la realidad procesal puesta a su consideración, no permiten admitir que es un comportamiento inocente ni una equivocación de aquellas en las cuales puede incurrir cualquier juez, como ser humano que es, pues la Sala no desconoce que en la función de administrar justicia, como en cualquier otra actividad humana, es posible incurrir en equivocaciones, errores, faltas; y de ello ocurre y está previsto constitucional y legalmente, porque el fundamento de la segunda instancia es la existencia de un funcionario de superior jerarquía que corrija esas faltas, errores y equivocaciones en que pueda incurrir otro que le está funcionalmente subordinado. A igual origen puede señalarse a todas las vías legales de defensa, a los recursos ordinarios y extraordinarios, a los incidentes, las nulidades, etc. / No obstante aquel error que consiste en proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, con la conciencia de esa contrariedad normativa, constituye el delito de prevaricato. / La recta administración de justicia es una de las más delicadas misiones que pueda cumplir un ser humano y que, evidentemente, la sociedad entrega en manos de personas que ha evaluado como de intachable conducta. Delinquir en ejercicio de tal deber le resta credibilidad a la organización estatal. Por todo ello, se justifica la mayor severidad de la justicia con los jueces en comparación con los ciudadanos comunes. / La efectividad de la suspensión de la ejecución de la condena está sujeta a que los sentenciados suscriban una diligencia en que se comprometan a informar todo cambio de residencia, a ejercer profesión u ocupación lícitos, presentarse cada dos meses ante el juez y, en general, observar buena conducta. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Única Instancia. 93-10-28. Decisión: Condena. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: doctores: Julián Urbina Ospino y Carlos Enrique Castillo Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla. Delito: Prevaricato por acción. Radicación No.: 5186 313

AUTOR / DETERMINADOR / TESTIMONIO / JUEZ / PRUEBA / AUTOR INTELECTUAL / ABOGADO / ERROR DE HECHO El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los delicta propia ejecuta el acto prohibido en el ejercicio de sus funciones / No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio

Pág.

o especial. / El testimonio no está sujeto a tarifa legal alguna, quedando al criterio del juez, orientado por las reglas de la sana crítica, su justiprecio. / Es insólito que de un juez de la República se predique su ineptitud para decidir sobre una materia propia de sus conocimientos. Solamente en cualquier disciplina ajena al derecho es pertinente acudir a expertos para lograr una mejor ilustración. En cuanto al derecho, el juez mismo -y de ahí que se le haya escogido para cumplir su función como tal- es una persona versada en esta disciplina y por tanto no necesita de ilustraciones adicionales. De acuerdo con sus conocimientos, se encuentra en plena capacidad de discernir si lo dicho por los testigos en estas materias contraría o se ajusta a la realidad. / En el derecho procesal penal no existen pruebas imprescindibles, pues en estas materias rige el principio de la libertad de escoger la que mayores probabilidades tenga de conseguir la demostración buscada; tampoco el no vincular a determinadas personas genera un vicio cuyúsculo que afecte la actuación, pues la compulsación de copias permite proseguir la investigación respecto de quienes permanecieron ajenos a la primera instrucción. / El que no se hubiesen descubierto los autores materiales del ilícito ni todos los pormenores de su ejecución no implica que no se pueda perseguir y sancionar a los autores intelectuales. / Al abogado litigante se le exige una vida sin mácula al encargar la defensa de la legalidad, pues sobre él reposa la inmensa responsabilidad de resguardar el estado de derecho, al encontrarse facultado para tutelar los derechos de los ciudadanos ante la Jurisdicción. Pero, si en guarda de los intereses encomendados, él mismo se presta a desconocer la ley, acudiendo al engaño, a las trampas o a las argucias, atropellando los bienes jurídicos tutelados de sus opositores, es de ver que se convierte en el más grande enemigo de la juricidad al poner sus esfuerzos al servicio del delito. Quien obra así merece un castigo ejemplar; pues el, como ninguno, debe constituirse siempre en un ejemplo de sus conciudadanos. / En tratándose de un error de hecho, al estimarse que era el mismo medio probatorio el objeto de vulneración, no había necesidad de que el recurrente señalara norma procesal alguna. Sin embargo ello no lo relevaba de indicar las normas sustanciales que fueron atropelladas indirectamente. Ahora bien, si no se hace mención expresa de éstas, pero de la lectura del libelo se infiere a primera vista cuál o cuáles fueron los preceptos de este tenor, materia de la vulneración, el tropiezo técnico queda superado. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-10-29. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Amadeo Cruz y Pedro Mateus. Delito: Falsedad. Radicación No.: 7644 337

COMPETENCIA / DEMANDA DE CASACION. Debe entenderse en sana hermenéutica que la competencia asignada a cualquiera de los juzgados

Pág.

superiores de Bogotá tácitamente se prorrogaba hasta tanto hubiera sido provisto su homólogo en Zipaquirá. / La violación directa o inmediata de la ley no puede sustentarse sobre un replanteamiento de los hechos procesales con miras a que estos enjuiciados de manera diferente de como lo fueron en la sentencia, porque un enfoque de tal naturaleza supone la presencia de protuberantes errores de apreciación probatoria que obligan al recurrente a acudir a la violación indirecta de la ley. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-10-29. Decisión. No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Juan María Garzón M. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7951 355

ENRIQUECIMIENTO ILICITO/FUERO. El obligado nexo que entre la investidura oficial o las funciones inherentes a un determinado cargo (no a otra fuente distinta de ingresos), requiere insustituiblemente el artículo 148 del Código Penal para hacer penalmente reprochable un acrecentamiento patrimonial obtenido. / Los tipos penales subsidiarios presuponen la existencia de otras infracciones en cuya descripción no encajan. / Singularizando el caso del enriquecimiento ilícito, de tiempo atrás tenía ya precisado por su parte la doctrina que la subsidiaridad en él "...opera de modo diverso, por cuanto en estricto sentido no se trata de que el hecho no constituya otro delito, sino de que no aparezca demostrada en concreto la comisión de uno o varios delitos cumplidos en el ejercicio del cargo". / La imputación al exclusivo desempeño simultáneo de dos destinos públicos remunerados por el erario indica su atipicidad frente al delito del enriquecimiento ilícito, porque ninguna relación de causa a efecto llega a tener uno cualquiera de los cargos desempeñados frente al recibo de remuneración por el segundo, cualquiera sea de ellos el que se tome como referencia, conclusión que de ninguna manera interfiere la eventual persecución del hecho dentro del ámbito disciplinario. / Cuando se alegó en el proceso que el imputado había sido elegido congresista, y entrando en vigencia la nueva Carta Constitucional que otorga competencia a la Corte para la instrucción y juzgamiento de estos aforados, la Asamblea Constitucional había revocado su mandato y convocado a nuevas elecciones. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-10-29. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Luis A. Gómez Perdomo. Delito: Enriquecimiento ilícito. Radicación No.: 7906 361

NULIDAD/PRUEBA/DERECHO DE DEFENSA/FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA/ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. La nulidad por omisión en la práctica de pruebas se presenta en el evento de que los medios omitidos tengan la potencialidad de demostrar la inocencia del procesado o

Pág.

una modificación sensible y favorable de su situación, en cuyo caso se vulnera el derecho de defensa, haciéndose indispensable al recurrente entrar a demostrar de qué manera la ausencia de esos medios en concreto pudo afectar en su sentido el fallo respectivo. / Es cierto que la falta de motivación de las sentencias constituye un vicio insubsanable que vulnera el debido proceso. / Manifestar que no se tuvieron en cuenta algunos testimonios es argumentación que se encamina a un falso juicio de existencia, la alegación que corresponde a la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial. / Impropio pretender que en sede de casación entre la Corte a ocuparse de la revisión y análisis general del expediente en búsqueda de todos los errores que puedan afectar el procedimiento o la legalidad y acierto de la determinación que se recurre. En este recurso extraordinario es al demandante y sólo a él a quien incumbe demarcar los derroteros y señalar las precisas pautas del ataque a la sentencia, dentro de las taxativas causales, la técnica y la lógica que caracterizan la impugnación extraordinaria, pues, a diferencia de la amplitud con la que actúa el juez en las instancias, el recurso de casación se supedita por el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, cuya desatención por parte del actor conduce a que sus peticiones no prosperen. / Para que la nulidad por errónea calificación prospere es necesario demostrar que el delito al cual refiere la resolución acusatoria no se da porque en su lugar se está frente a otra infracción de la cual se ocupa el Código Penal en título y capítulo diferentes. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda* Sentencia Casación. 93-10-29. Decisión. No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Baudilio Cárdenas Torres Delito: Homicidio. Radicación No.: 7878 369

DEMANDA DE CASACION. La normatividad, desde antaño, ha rodeado la presentación de la demanda de casación de una serie de formalidades destinadas a darles orden y precisión a los argumentos que persiguen desquiciar una sentencia de segunda instancia que arriba a esta sede con la doble presunción de acierto y legalidad. La razón es poderosísima. No se trata de una tercera instancia, pues a esta Corporación le corresponde examinar tan sólo si la decisión recurrida se ajusta a las prescripciones legales. Por consiguiente, ha de atenerse exclusivamente a los argumentos del actor, quien deberá demostrar por qué el fallo viola la ley sustancial. Ello explica que uno de los principios rectores de la impugnación sea el de limitación, que obliga a la Sala únicamente a transitar por el sendero que le indica el casacionista Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-11-02. Decisión: Rechaza *in limine* y ajusta otra. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Ana Lucía Terreros y Diego Bedoya López. Delito: Falsedad.

Pág.

Radicación No.: 8872 381

JUEZ / INVESTIGACION / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD. El Juez debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al incriminado, en busca de la verdad que guía la finalidad investigativa, para que resulte viable afirmar que el proceso contiene irregularidades sustanciales por ausencia de una integral indagación. Es necesario que los elementos de convicción echados de menos por el recurrente tengan una incidencia sustancial en el juicio de responsabilidad del imputado, consecuencia que desde luego impone la obligación de demostrar la injerencia de cada uno de éstos en la sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín Acción: Aristóbulo de Jesús Campo. Delito: Hurto. Radicación No.: 7963 385

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / PENA ACCESORIA / MOTIVACION. Es exclusivo del casacionista el deber de fijar el derrotero que habrá de seguir la Corte en el estudio de las causales invocadas, sin que le sea dable a la Corporación entrar a corregir las faltas que presente la demanda ni a complementarla, menos a preferir en ellas varias alternativas simultáneas, cuál es la que se acomoda mejor a los intereses de los recurrentes. / Cuando de violación directa se trata, es deber del actor entrar a señalar con toda claridad, y por supuesto a demostrarlo, que el juzgador ignoró la existencia de una norma de contenido sustancial con incidencia tal en la sentencia, que modificaría la decisión de fondo, sea porque la seleccionó y aplicó al eventosub examen sin ser ella de recibo, ora porque pretermitió su aplicación tratándose del precepto adecuable, bien porque pese al acierto en la escogencia, distorsionó la sentencia su alcance por exceso o por defecto. / El precepto (artículo 52 del Código Penal) expresamente admite como pena accesoria de la prisión la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, imposición cuya previsión legal releva la necesidad de otorgar otra clase de explicaciones. Pero con relación a las demás "penas accesorias", la remisión se hace a la discrecionalidad del Juez, y es claro que en esas circunstancias su imposición deberá aparecer debidamente motivada, consultando y relacionando la naturaleza y gravedad del hecho con la medida punitiva de la cual se trata. / La falta de motivación de este aspecto redunda en su invalidación, que por no trascender del fallo mismo corresponde corregir en esta sede según autorización del artículo 229-1 del Código de Procedimiento Penal respecto de la suspensión de la patria potestad y la prohibición para el consumo de bebidas embriagantes que, como consecuencia, quedarán sin ningún valor ni efecto. / Se casará también la imposición que prohibió a los

Pág.

acusados portar cualquier clase de armas, caso en el cual el transgredido fue el principio de legalidad, pues no se trata de medida que el legislador haya previsto siquiera como pena. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación 93-11-02. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Eduardo Pedraza y otro. Delito: Homicidio imperfecto y lesiones personales. Radicación No.: 7671 393

DEMANDA DE CASACION / PARTE / INDAGATORIA / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD. Para recurrir en casación no es suficiente que quien interponga el recurso extraordinario sea sujeto procesal dentro del juicio respectivo, de manera que tenga la legitimatio ad processum y que la ley lo haga titular del recurso. Es indispensable, además, la legitimatio ad causam, que en materia de casación se convierte en el interés para recurrir. La lesión que el fallo cause al impugnante hace patente el interés jurídico para el demandante. En estas condiciones, no podrá interponer el recurso aquel sujeto procesal que no ha sufrido perjuicio alguno con la sentencia o que no pretenda mejorar la situación jurídica de la parte que representa. / El Juez no disfruta de la omnímoda facultad de vincular a un proceso mediante la indagatoria a toda persona que fugaz y marginalmente haga su aparición en la investigación, sino aquella "...respecto de la cual el funcionario haya adquirido la convicción fundada y seria, por antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso de que es autor o partícipe de una infracción penal o bien al sorprendido in flagranti ..." por ser una potestad que está condicionada en su ejercicio a la apreciación del Juez, fundada en los elementos de juicio que ofrezca el sumario. / La ruptura de la unidad procesal es una simple irregularidad que no genera nulidad, como expresamente lo establece el artículo 88 del C. de P. P., pues en estos casos se subsana la omisión, disponiendo investigar por separado a los demás supuestos autores o partícipes. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11-02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Rosa Virginia Serrano Padilla y otros. Delito: Falsedad material de particular en documento público. Radicación No.: 8027 404

DEMANDA DE CASACION / CASACION DISCRECIONAL. Es un hecho indiscutible que el Código de Procedimiento Penal ahora vigente estableció dos clases de casación: la ordinaria, que procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superior de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar en segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de

Pág.

seguridad (art. 218 inc 1ª); y la excepcional, que opera contra cualquier sentencia de segunda instancia que no reúna los requisitos anteriores, pero limitada a que sólo la puede interponer el Procurador, su delegado o el defensor, y su aceptación es una facultad discrecional exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales (art. 218 inc. 3ª). / Al atribuir la norma la aceptación del recurso a esta Sala excluyó expresamente cualquier intervención de los jueces del circuito o de los tribunales, de manera que su labor se limita a remitir el expediente a la Corte para que decida sobre la procedencia de la impugnación. Resuelto este punto, las diligencias vuelven a su lugar de origen para el trámite correspondiente, según se haya admitido o no el recurso. / "Aceptar" y "admitir" son sinónimos, y con el mismo sentido se utiliza la expresión "conceder", palabras con las cuales se señala el paso siguiente a la interposición del recurso, sin lo cual es absurdo correr traslado para la presentación de la demanda, ya que un procedimiento así resultaría no sólo violatorio del principio de economía procesal, sino de los intereses del acusado. / Es obvio que en el caso de la casación excepcional no procede el recurso de hecho, pues, correspondiéndole su admisión a la Sala Penal de la Corte, no queda ningún superior ante quien tramitarlo. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. 93-11-02. Decisión: No repone. Procedencia: *Juzgado* Penal del Circuito de Aguachica. Acción: Julio Elías Sampayo. Radicación No.: 8533 409

PRUEBA / PERITAZGO / NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA / SANA CRITICA. Aún en el supuesto de que la prueba pericial hubiese sido aportada al proceso con quebranto evidente de las normas legales que regulan la materia, ello sólo afectaría la validez de la prueba; y en este caso no se produciría una nulidad técnicamente hablando, que afectara la estructura básica del proceso en todo o en parte, pues sólo llevaría a que el elemento de convicción irregularmente llevado al expediente no pudiera ser considerado al no producir efectos legales y el Juez no podría valorarlo para formar su convicción. Es pues inapropiado y carente de lógica jurídica reclamar la nulidad de todo un proceso con el solo fundamento de que una de las pruebas a él aportada no se recogió con las formalidades que la ley prescribe para su validez. / Ese específico traslado del dictamen pericial, a las partes que disponía el artículo 277 del Código de Procedimiento anterior, no constituye un rito de la prueba cuya inobservancia pueda afectar su legalidad, cuando las partes la han conocido al obrar en el proceso legalmente aducida, y cuando disfrutaron de la oportunidad de objetarla, si así lo consideraban conveniente, antes de que el proceso entrara al despacho para sentencia. / Para que prospere una nulidad por quebranto al derecho de defensa es

Pág.

preciso que el procesado se vea privado de los medios adecuados para ejercitar sus derechos y que no cuente con la asesoría de un abogado que oriente la defensa y la ejercite a plenitud y quien escogerá según su criterio el procedimiento y las oportunidades que considere aconsejables para el lleno de su cometido. Recurrir o no recurrir de una sentencia no es omitir un acto indispensable de defensa, si ya a lo largo del proceso, como en el caso que se analiza, el abogado ha cumplido, a su leal saber y entender, su ministerio. / La Corte ha dicho reiteradamente en su fallo de casación, cuando de la causal primera se trata, que pretender oponer un criterio estimativo de la prueba por el impugnador al expresado por los jueces no conduce a evidenciar el error en la apreciación de los hechos, menos dentro del actual Código de Procedimiento Penal, donde la convicción o certeza dimanan de la racional apreciación de la prueba, que el sentenciador valora cualitativamente con gran arbitrio, como es propio del sistema de la sana crítica que impera en el derecho penal colombiano. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11 02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Acción: José Antonio Valencia Ariza. Delito: Homicidio simple. Radicación No.: 7423 .. 413

IRA E INTENSO DOLOR. La ira con trascendencia penal es una pasión de tal magnitud, que gobierna el espíritu de quien sufre este comportamiento emocional reemplazando la cordura y los límites de la sensatez por el deseo de causar daño a quien con finalidad ofensiva ha perturbado su psiquismo. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-02. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Felix Antonio Chipatecua. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8215 420

DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACIÓN / RESOLUCION DE ACUSACION / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. La denominación jurídica en la parte resolutiva debe darse in genere, bastando la cita del título y el capítulo al cual corresponde el delito. / Las agravantes genéricas no es necesario que se imputen en el calificatorio. / La sanción sin motivación alguna, referente a la suspensión de la patria potestad como si también fuera una consecuencia inherente a la pena de prisión, como lo es la interdicción de derechos y funciones públicas, es motivo por el cual se debe casar parcialmente la sentencia para corregir esa irregularidad, en ejercicio de la atribución conferida por los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal. En este caso la solución no será ajustando la medida a las formalidades de ley, sino revocando su imposición, cuando no existe en el proceso ninguna razón que justifique su aplicación. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete*

Pág.

Rangel. Sentencia Casación. 93-11-03. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Jaime Fernando Solorzano Herrera. Delito: Homicidio. Radicación No.: 7694 424

ACCION DE REVISION. La acción de revisión no es una vía para reabrir el debate procesal sobre los mismos hechos y circunstancias que fueron materia de controversia en el proceso. El que tenga la capacidad de desquiciar la cosa juzgada y reabrir el debate indica su carácter especialísimo. Por ello el legislador le imprimió su derrotero al través de unas causales taxativamente señaladas en la normatividad, única manera de que haya lugar a su prosperidad. Una de estas causales se basa en las pruebas inéditas. Sin embargo, no basta su carácter novísimo sino que deben poseer per se la capacidad de desvirtuar las probanzas de cargo, esto es, las que sirvieron de fundamento para proferir sentencia condenatoria. Si únicamente buscan enfrentarlas, pues se limitan a defender las tesis de la defensa, la acción de revisión queda reducida a un alegato de instancia que merece el consiguiente rechazo. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Acción de Revisión. 93-11-03. Decisión: Declara improcedente la acción. Procedencia: Tribunal Superior de Orden Público. Acción: Carlos Gutiérrez T. y otros. Delito: Violación al Decreto 180/88. Radicación No.: 7099 429

CONFESION / REBAJA DE PENA. El hecho de que el artículo 299 del C. de P. P. no contemple como exigencia fundamental el que la confesión sea el sustento del fallo no quiere decir que lo haya obviado. Es claro que la actitud benigna del Estado sobre el particular se basa en la ayuda primordial que el imputado le ha prindado a la administración de justicia al admitir su responsabilidad, hecho que demuestra, además, su franco arrepentimiento. Y es apenas llano entender que un comportamiento de este jaez para acceder a la rebaja punitiva debe ser de tal magnitud, que sobre él repose, en gran medida, el fallo condenatorio. De lo contrario, si su reconocimiento de los hechos comporta apenas una ayuda cortical, y el Estado cuenta con otros medios probatorios contundentes para demostrar la responsabilidad del confeso, pierde su razón de ser la diminuente. De ahí que en supuestos como el de la flagrancia quede prohibida. Por tanto, en todas las hipótesis en que se pretenda tener derecho a la aminorante, la confesión ha de constituir la columna vertebral de la sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-03. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Dolores Buitrago. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8104 435

AUDIENCIA PUBLICA / PARTE. Es una realidad legislativa que el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal confiere a las partes procesales el

Pág.

derecho a intervenir en la diligencia de audiencia pública por una única ocasión, repitiendo de esta manera similar disposición prevista en el artículo del Código Penal de 1987. / El proceso, como siempre se ha sostenido, es fundamentalmente dialéctico, porque en su desarrollo siempre se hallan posiciones encontradas que imponen a las partes un ejercicio intelectual de argumentos y contraargumentos y ejercer con la mayor amplitud los derechos de contradicción y de interposición de recursos, bien para oponerse a las argumentaciones de las otras partes o para contraprobar lo que éstas hayan probado o para manifestar la discrepancia con las decisiones judiciales. / La Sala entiende que el derecho a la interpelación surge claro de las preceptivas constitucional y legal que consagran el derecho a un debido proceso, en igualdad de circunstancias para todas las partes, institucionalizado como un proceso público, de partes, contradictorio, que tiene como finalidad fundamental hacer realidad el derecho penal material. Con ello se quiere afirmar que su objetivo es la obtención de la justicia real, en el sentido de que en la medida de lo posible la decisión del juez debe coincidir con la realidad de los hechos tal como éstos acontecieron. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación 93-11-03. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Víctor Manuel Pulido. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8185 441

IMPEDIMENTO / INTERES EN EL PROCESO. El interés tanto positivo como negativo del funcionario judicial o de sus parientes que contempla como causal de impedimento el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal debe reportar expectativa en las consecuencias del juicio, que la persona pueda obtener de la prosecución o desenlace del proceso. / La efectividad como interés genera en la conciencia del ser humano múltiples estados emotivos que lo llevan a comportarse de una manera determinada, cuando ésta tiene un gran impacto en la conciencia, impregnando la personalidad del individuo e interponiéndose, casi siempre, entre el pensamiento y la acción. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto impedimento. 93-11-03. Decisión: Declara fundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. Acción: Javier José Caiume Chaker. Delito: Homicidio culposo. Radicación No.: 8880..... 447

ACCION DE REVISION / LIBERTAD. El artículo 241 del Decreto 2700 de 1991 dispone que "en el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad del procesado"; es decir, que la providencia que ponga fin a la acción de revisión no puede dictarla la Corte hasta tanto se agote el trámite previsto en los artículos 235 y ss. del citado estatuto, por cuanto tal beneficio

Pág.

presupone la prosperidad de la demanda y la declaración por esta Colegiatura de la presunción de inocencia del condenado. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Revisión. 93-11-03. Decisión: Niega el beneficio de Libertad. Acción. Javier E. López Roldán. Radicación No.: 7999 450

ANTECEDENTES/ LIBERTAD CONDICIONAL. El simple adelantamiento de otro proceso en contra de un sentenciado no puede calificarse como antecedentes y tampoco la pluralidad de conductas o de infracciones que fueron objeto de juzgamiento y de la correspondiente sanción deben incidir por sí mismas como elementos de juicio suficientes para declarar improcedente el subrogado de la libertad condicional. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-11-04 Decisión: Revoca y concede libertad condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción. Argemiro Contreras Molina, ex Juez Municipal de Ataco. Delito: Concusión y privación ilegal de la libertad. Radicación No.: 8892 452

DEMANDA DE CASACION. La admisibilidad de una demanda de casación deriva de que reúna los requisitos tanto de fondo como de forma que para ella establece el artículo 225 del estatuto procesal, los cuales revisten al recurso del carácter extraordinario, en la medida en que no se puede plantear de la misma manera que los recursos ordinarios que se intentan en el trámite de un proceso ante las instancias. / El principio de limitación que rige la impugnación extraordinaria circunscribe el campo del pronunciamiento de la Corte a las causales alegadas por el demandante, lo que implica que el libelo contenga la presentación y estudio de todos los elementos tanto de orden procedimental como teórico-jurídico que pueden servir de base a la decisión perseguida: quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que protege la estabilidad jurídica de un fallo judicial; por tanto, aquéllos parten de la identificación del proceso en el cual se ha interpuesto el recurso, pasando por la invocación de la causal alegada, la demostración precisa y clara de su existencia, la trascendencia que tiene en el fallo el error acusado, hasta la solicitud del sentido en que debe ser casada la sentencia, que, en definitiva, son las exigencias cuyo cumplimiento impone el citado art. 225 del C. de P. P. / De otra parte, por razón de la excepcionalidad del recurso, cada una de las causales tiene forma específica de desarrollo y, consecuentemente, cada error judicial tiene una vía propicia de planteamiento. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-11-03. Decisión: Rechaza *in limine*. Procedencia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Juan Carlos Romo Romo. Delito: Hurto calificado. Radicación No.:8542 457

Pág.

TIPICIDAD / CULPABILIDAD / ANTIJURICIDAD. Tres serían los requisitos exigidos para que determinada conducta pueda calificarse de punible: que coincida con los elementos descritos en un tipo penal determinado (tipicidad); que cause daño al bien jurídico protegido por la norma y que no concurra ninguna circunstancia de justificación (antijuricidad) y que el agente sea culpable a título de dolo, culpa o preterintención. / Demostrado que un comportamiento es típico porque se subsume en determinado tipo penal y se realizó en circunstancias que no lo justifican porque lesionó o puso en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley (artículo 4º ibidem), es preciso indagar si el autor o partícipe obró en cualquiera de la formas de culpabilidad ya señaladas (artículo 35 ibidem). / De lo dicho se colige que la tipicidad de la conducta no lleva forzosamente a la declaratoria de culpabilidad y consecuente imposición de una pena al autor o partícipe, pues esta sanción específica no se impone a quien haya actuado sin culpabilidad sino a quien realizó comportamiento típico y antijurídico con dolo, culpa o preterintención. / De otra manera no se justificaría la presencia en nuestro derecho positivo del artículo 40 del Código Penal consagratorio de las llamadas causales de inculpabilidad o exculpación, que conservan intacta la tipicidad y la antijuricidad del comportamiento afectando únicamente su culpabilidad. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación 93-11-04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: María Teresa Díaz Suárez. Delito: Violación al art. 11 de la Ley 66 de 1968. Radicación No.: 8018 461

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. No resulta muy coherente aludir a una ausencia de motivación y al mismo tiempo reconocer su existencia. / La Sala, en múltiples pronunciamientos, se muestra integralmente satisfecha, en lo de las agravantes, con la mención legal de los textos respectivos, siempre y cuando la narración de las citas probatorias, el contexto expositivo, destaque con facilidad esa situación jurídica como plenamente subsumible en la realidad establecida. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Martín Alfredo Peña Cruz y otro. Delito: Homicidio agravado y tentativa de hurto. Radicación No.: 8105 470

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / CONSULTA / *REFORMATIO IN PEJUS*. La tacha relacionada con las identificaciones fotográficas no puede corresponder a un cargo por error de hecho, sino de derecho, puesto que lo evidenciable, en la argumentación que nutre la objeción, es que la prueba se

Pág.

toma como aportada en contravención a lo dispuesto por la ley. / Por tratarse de sentencia consultable, este grado de jurisdicción permite al superior "decidir sin limitación alguna sobre el proceso que llegue a su conocimiento, independientemente de que ...el procesado o su defensor en condición de apelantes únicos, hubiesen intentado una decisión favorable a sus intereses". Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Gustavo Alvarado Torres. Radicación No : 8008 476

AUTOR / COMPLICE. Si el cómplice quiere participar en un robo y la intención del autor era la de un homicidio, no puede deducírsele a aquél este final resultado. / Su fundamento está en poder determinar qué quería el autor y en qué cooperaba el cómplice. / La situación que desde tiempo atrás aflige al país no auspicia criterios de benigna interpretación para los componentes de esta clase de organizaciones, pues es tanta su perversidad, tan calificada la forma de violencia que se acostumbra a emplear, tan cuantiosos los rendimientos económicos buscados, tan bien preparados los ilícitos y tan especialmente buscados sus integrantes entre el abundante núcleo de desalmados prestos a intervenir en estos cometidos, que no es aventura del raciocinio apoyar una deducción como la del Tribunal y entender la misma como una normal interpretación ante sucesos de esta índole. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Felix Eduardo Martínez Peña. Delito: Homicidio y hurto. Radicación No.: 8033 481

JUEZ DE MENORES / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / FISCAL GENERAL / TERRORISMO. Los Juzgados de Menores continúan conociendo íntegralmente de los procesos penales de su competencia, incluyendo los actos propios de la investigación. / La competencia que el Juez de Menores conserva durante la fase de investigación tiene como nota característica la transitoriedad que limitada queda a la completa implantación ante esos despachos judiciales del sistema acusatorio. / Como fricciones por razones de competencia son legalmente posibles en cualquier etapa del proceso, se precisa que habiéndose presentado la de que aquí se trata (Juez Regional y Juez de Menores) en la fase de investigación, su solución corresponde exclusiva y excluyentemente al Fiscal General de la Nación, bajo cuya dirección, coordinación y control supremo se encuentra la fase investigativa. / Esa competencia que en la etapa de investigación tiene el Fiscal General de la Nación, con características tan especiales, excluye automáticamente la de los restantes órganos de la Rama Judicial y en este particular evento (Juez Regional y Juez de Menores) la de esta Sala, que no

Pág.

tiene camino jurídico diferente por seguir que el de abstenerse de conocer de la colisión negativa de competencia trabada entre Fiscal Regional y Juzgado de Menores. / No puede la Corte dejar de consignar la perplejidad que suscita la ligereza con que el señor Fiscal Regional inició un trámite orientado a despojarse del conocimiento de unas diligencias previas que por el delito de terrorismo adelantaba contra personas mayores de edad. Y esa perplejidad va en aumento cuando se considera que la disputa de competencia la pretendía con un Juzgado de Menores, con total desconocimiento del ámbito de intervención de estos funcionarios, que circunscrito está al juzgamiento de personas consideradas inimputables para el derecho penal por razón de la edad, el cual no puede extenderse, ni aún por el fenómeno jurídico de la conexidad, hacia el comportamiento de mayores de edad. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Colisión de Competencias. 93-12-04. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Fiscalía Regional de Cúcuta. Acción: Elías Calderón. Delito: Terrorismo. Radicación No.: 8835 491

CAPTURA / SANA CRITICA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO. No puede predicarse que una captura ilegal afecte la estructura del proceso respectivo, pues ésto sólo acaecerá en el evento en que durante su desarrollo sufran menoscabo las garantías fundamentales. Si alguna irregularidad se produjo en la investigación preliminar, si se actuó al margen de la normatividad, si no se obedecieron a cabalidad las preceptivas legales sobre esta materia, ello sólo afectará las diligencias practicadas en esta etapa preprocesal. / El juzgador únicamente se encuentra limitado por las reglas de la sana crítica para estudiar y valorar la prueba existente en el proceso, método que impide el nacimiento de un yerro de esta especie. / Si la duda es admitida por el fallador mas, sin embargo, condena, la vulneración es directa, pues dejó de aplicar el artículo 248 del C. de P. P. Pero si el sentenciador no admite la duda, el ataque se debe hacer por violación indirecta por error de hecho o de derecho según el caso. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Francisco Castro Castro. Delito: Homicidio y hurto. Radicación No.: 8254 496

AUTO DE CIERRE DE INVESTIGACION / PRUEBA / RESOLUCION DE ACUSACION / CASACION OFICIOSA. La normatividad permite que el período instructivo culmine cuando su perfeccionamiento ha sido adelantado dentro de lo posible, reservándose el Estado el derecho de ampliarlo posteriormente, si la certeza de la inocencia no campea en el proceso. No constituye, por consiguiente, causal de nulidad la carencia de algunas

Pág.

pruebas al momento de dar por fenecida la investigación. / No constituye una decisión inmodificable la resolución de acusación como lo tiene prevista la sistemática, se está frente a una calificación provisional de los hechos y a unos elementos de juicio que aún no han conseguido la calidad de certeza. Por tanto, la defensa aún tiene variadas oportunidades para sacar avante los intereses encomendados si la razón está de su parte. No puede considerarse que si la investigación carece de algunas pruebas el pliego de cargos no se puede dictar. / Para demostrar un yerro judicial se necesita analizar no sólo la prueba que se omitió sino también la que tuvo en cuenta el fallador para modificar la decisión cuestionada. Luego ha de enfrentarlas, dejando que cada prueba se exprese por sí misma. De tal confrontación ha de salir diáfanamente, sin lugar a hesitación ninguna o a complicados razonamientos, la talencia, de tal magnitud que tenga la capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídico-penal del imputado. / El juzgador no está obligado a verificar todas las alusiones que el acusado haga en su defensa. Como es apenas obvio, las que muestren la posibilidad de trascender en el proceso por arrojar nuevas y mejores perspectivas deben llamar la atención del instructor, quien ha de ahondar sobre ellas. / La Corte no puede entrar a estudiar en detalle cada proceso que llegue a ición del recurso extraordinario de casación. Ello equivaldría a transformar su rol en una tercera instancia, desvirtuándose el carácter excepcional que la ley le asigna en estos menesteres. Unicamente si al transitar por el camino que la demanda le demuestre, encuentra a su paso la estructuración de una nulidad, corregirá el entuerto pese a que el casacionista no la hubiere encontrado. Pero no puede pretenderse que suplante el papel del demandante, transformándose en parte actora del escrito, prohijando una coadyuvancia espuria. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Ernesto Rodríguez. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8303. 505

DEMANDA DE CASACION. En casación, no de cualquier error debe tratarse: pues si la sentencia está protegida por la doble presunción de acierto y legalidad, el error que logre derrumbarlas ha de ser necesariamente ostensible o manifiesto. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Nelson Bautista Parodis Delito: Homicidio y hurto. Radicación No.: 7933. 514

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. La casación no es un recurso de meros enunciados o planteamientos, sino de plenas y

Pág.

cabales comprobaciones. / Cuando se alega violación indirecta de la ley no debe limitarse el recurrente a exponer su personal criterio sobre el mérito de la prueba, sino que debe demostrar que el fallador desconoció la realidad probatoria que emerge del proceso. / El desacuerdo de la sentencia con la resolución de acusación se predica para efectos de la causal 2ª de casación de la identidad de la conducta imputada y no de las circunstancias o de las modalidades que la especifican, salvo que agraven la situación del procesado. Y menos de que en la sentencia se absuelva del cargo formulado en la resolución acusatoria. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas* Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: José Miguel Arias Gómez. Delito: Porte ilegal de armas y otros. Radicación No.: 8072 520

COMPETENCIA / RECEPTACION. El legislador previó aquellos casos en los cuales es imposible determinar el lugar donde se realizó el hecho punible, a través del artículo 75 *ibidem*, asignándole el conocimiento del respectivo proceso al Juez competente por la naturaleza del hecho del territorio del cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación. / Al no poder precisar dónde se realizó la acción constitutiva del hecho punible de receptación que originó la condena, resultaba acertado acudir a la norma de competencia a prevención para adelantar el proceso. / El delito de receptación no queda supeditado al lugar donde finalmente se recupera el objeto material, sino que tiene su realización en el sitio donde se adquiere o se enajena. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-04. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José María Ochoa. Delito: Receptación. Radicación No.: 8025 527

COLISION DE COMPETENCIA / INASISTENCIA ALIMENTARIA. La competencia, en el delito de inasistencia alimentaria, no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querella. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Colisión de Competencias. 93-11-05. Decisión: Dirime competencia. Procedencia: Juzgados Promiscuos de Paratebueno y Upía. Acción: Abraham Cepeda Mendoza. Delito: Inasistencia alimentaria. Radicación No.: 8868 534

DEMANDA DE CASACION. El error, para que tenga la fuerza suficiente de determinar la casación de una sentencia, a más de manifiesto debe ser trascendente; esto es, tan protuberante, que de no haberse incurrido en él, la sentencia hubiera sido sustancialmente distinta. Esta influencia decisiva del error en el fallo corresponde demostrarla al actor, sin que la Corte, en

Pág.

virtud del principio de limitación de este recurso, pueda suplir la referida omisión. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-05. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Reinaldo Santamaría. Delito: Falsedad ideológica en documento público. Radicación No.: 8369 538

IRREGULARIDAD/CASACION OFICIOSA. El numeral 1º del artículo 224 del anterior Código de Procedimiento Penal, entre los requisitos de la demanda, señalaba "la identificación de las partes". Es una exigencia que debe ser obviamente observada, pero su inobservancia de por sí no genera irregularidad sustancial que amerite la inadmisión de la demanda, porque en esencia se trata de un requisito "de mera forma", siempre y cuando del contenido del libelo se pueda deducir, sin dudas, quiénes son partes en el proceso dentro del cual se ha interpuesto el recurso. En las cuestiones de la causal primera de casación, el proceder oficioso de esta Sala está prohibido. El artículo 59 del Código de Procedimiento Penal conservó la prohibición de enajenar, pero amplió su término de duración a un año, contado no ya desde la fecha de la comisión del delito, sino a partir de la vinculación jurídica del sindicado. Es obvio que esta disposición resulta para el procesado más gravosa que la primera (art. 51 anterior Código de Procedimiento Penal), porque extiende el término de la prohibición de enajenar. Atendiendo al principio de favorabilidad de la ley, hace bien el sentenciador al darle aplicación ultraactiva al artículo 51 del anterior estatuto procesal. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-05. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jorge Rojas Venegas. Delito: Falsedad y estafa. Radicación No.: 8171 546

DEMANDA DE CASACION/FALSO JUICIO DE CONVICCION. Es imposible predicar un error de juzgamiento basado en una interpretación contraria a la propuesta por los juzgadores, concretándose entonces el asunto a una discrepancia interpretativa en la que, como es apenas lógico, debe prevalecer la de los juzgadores. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11-05. Decisión: No Casa. Acción: Mario Castellanos Guavita. Delito: Porte de armas. Radicación No.: 8009 556

LEGITIMA DEFENSA/DEBIDO PROCESO/ACUMULACION JURIDICA DE PENAS / NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Evidente aparece que antes de penetrar al benéfico espacio de los resultados de la presunción, hay que demostrar la realidad de los elementos que nutren la presunta justificación. Por eso, se repite, el conflicto está no en lo que debe entenderse por esta especial forma de legítima defensa, sino en su cabal y exigible demos-

Pág.

tración. Desconocer la interpretación procesal de por sí no constituye motivo de invalidación así el funcionario que la quebrante carezca de válidas razones para ello. Y otro tanto debe decirse en torno a la condenación independiente, puesto que la acumulación material de penas que el acontecer procesal determina, bien puede remediarse en la forma como lo prevé el artículo 505 del C. de P. P. La combinación de aspectos que esgrime la causal de nulidad obliga a que se precise el momento procesal a partir del cual se afectó el trámite: en el caso de rompimiento de la unidad procesal, procedería la anulación a partir del auto que resolvió la situación jurídica de los encartados y fijó el procedimiento por seguir, a la par que en la omisión de práctica de pruebas resultaría necesario reponer lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-08. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Martha Lucía Pinzón. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8019. 564

CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA / PENA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / FLAGRANCIA / SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION. La jurisprudencia de esta Sala ha procesado, dejando el formalismo por la sustancia, lo objetivo por lo material y procurando lo que importa, o sea el conocimiento del hecho sobre el cual podrá fundarse una intensificación de pena, permitiendo a las partes su discusión eficaz y, por tanto, posibilitándose la asunción de las consecuencias pertinentes en este campo de la punibilidad. De ahí que se estime conveniente pero no imprescindible la mención de un artículo, parágrafo o inciso, en particular, para esto de diminuentes o agravantes. Cuando la ley determina una tan particularizada causal, como lo es la segunda del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, lo relacionado con contradicción de cargos recogidos en la resolución acusatoria y los considerandos en la sentencia, no hay por qué buscar el motivo de casación en causal menos categórica, fuera de entenderse que las dos hipótesis manejadas por la delegada (cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o una aplicación indebida de la norma que regula la circunstancia de agravación punitiva), se subsumen, por igual, en la misma comentada normatividad, y b) porque la violación directa de la ley suele suponer la legalidad del procedimiento seguido, y precisamente en el evento comentado lo que se está combatiendo es esa exigible regularidad, puesto que, respecto de la agravante, se dice que la resolución acusatoria no se compuso en debida forma y de ahí la disparidad que ella y la sentencia ofrecen al olvidarse de la acomodación jurídica que la ley manda se observe entre una y otra. Tratándose de una confesión, es natural que se estimase como fundamento de la condena. La flagrancia, que de por sí traduce una revelación de los hechos

Pág.

y autores, a no dudarlo, abrevia la averiguación, lo mismo que el trámite de juzgamiento y fija notablemente los efectos positivos de éste, al menos para quien es objeto de este sorprendimiento de ejecución delictiva. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Notas: Salvamento Parcial de Voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. 93-11-08. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Norberto Porras Ardón. Delito: Fabricación y tráfico de armas y municiones. Radicación No.: 8079. 575

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). La base del juicio se refleja en una acusación. Entienden los juristas, con lucidez mayor o menor, que la resolución acusatoria debe contener tanto el hecho que se estima delictuoso como las circunstancias -específicas y genéricas- que lo rotulan. Así lo ordena la ley (ordinal 2° del artículo 441 del C. de P. P.).Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Notas: Salvamento Parcial de Voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. 93-11-08. Decisión: No Casa. Radicación No.: 8019. 580

DEMANDA DE CASACION/IRA E INTENSO DOLOR/*IN DUBIO PRO REO*. Es contrario a la técnica y a la lógica jurídica alegar violación directa de la ley y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio; es decir, que no se puede sustentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta; sino a través de razonamientos de estricto derecho encaminados a probar el adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal. También ha reiterado que la censura por la vía directa excluye todo debate probatorio debiendo el censor aceptar los hechos que dio por demostrados el sentenciador y la decisión de responsabilidad en los términos consignados en la sentencia. La ira es una atenuante subjetiva y personal que sólo favorece al autor del hecho que obra en tal estado movido por un comportamiento ajeno grave e injusto. El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo surge de la incertidumbre insuperable que emerja de la prueba del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11-09. Decisión: No Casar. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Acción: Baldino Lizcano Lizcano. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8191. 582

DEMANDA DE CASACION/CONFESION/TESTIMONIO/SANA CRITICA. Es contrario a la lógica y a la técnica del recurso formular reproches a la sentencia al amparo de presupuestos errores de hecho y sustentarlos como errores de derecho por falso juicio de convicción. Es verdad que la confesión

Pág.

se presume verídica, pero si a ella ha sido calificada, no puede aceptarse en su integridad si aparece en el proceso prueba que la infirme. Por eso enseña el artículo 298 del C. de P. P. que "...para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio..." Conforme al estatuto procesal vigente, ninguna clase de prueba, menos la testimonial y la indiciaria, están sujetas a tarifa legal, sino al sistema de la sana crítica en la que el juzgador realiza una función predominantemente autónoma, atemperada por los principios de la lógica y la experiencia. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente estos medios probatorios, vale decir si goza de prudente arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción difícilmente en esta labor de análisis se puede incurrir en falso juicio de convicción. El ofendido, háyase constituido en parte civil o no, cuando ofrece su versión ante la justicia, es un testigo que debe ser apreciado conforme a las normas de la sana crítica para determinar su aceptación, sin que su versión pueda ser rechazada de antemano por presumir necesariamente que se encuentra impregnada de mendacidad por interés. En caso de retractación de un testigo en todo o en parte, el Juez goza de un prudente arbitrio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para sopesar las versiones encontradas y acoger por la que le parezca digna de credibilidad procurando desentrañar el verdadero motivo de la retractación. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación: 93-11 09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Luis Alberto Pinilla López. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8264. 589

DETENCION DOMICILIARIA. El artículo 396 consagra la detención domiciliaria en aquellos delitos cuya pena mínima prevista sea la de dos años de prisión o menos, cuando el Juez considere que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad garantizan su presencia al proceso y que no ponen en peligro a la comunidad. El artículo 53 de la Ley 81 de 1993 extendió dicho beneficio en aquellos punibles cuya pena mínima sea de cinco años o menos. La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la Ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la Ley 81 de 1993. Magistrado Ponente: Doctor

Pág.

Gustavo Gómez Velásquez. Auto Casación. 93-11-09. Decisión: Niega detención domiciliaria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá Acción: Rafael A. Carrillo Yepes. Delito. Homicidio en grado de tentativa. Radicación No.: 8825. 595

ACCION DISCIPLINARIA/COLISION DE COMPETENCIA. La Corte Suprema de Justicia perdió por completo la función disciplinaria en relación con Magistrados de Tribunal y Jueces, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 254 y 256 de la Constitución Nacional pasó a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, entidad a la cual se asignó la labor de examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.* Auto Colisición de Competencias. 93-11-09. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Doctor Jesús Daniel Ouozee Juez 46 Civil Municipal. Delito: Faltas contra la ética.Radicación No.. 8852. 598

CASACION DISCRECIONAL. La competencia que otorga el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal para que "quien haya proferido la sentencia" decida si concede o no el recurso extraordinario de casación, se refiere a la segunda de instancia que es la impugnada, y obviamente no cobija el evento excepcional en que la admisión del recurso es facultad asignada de manera exclusiva a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, siempre que le considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.* Auto Casación. 93-11-09. Decisión: Decreta la nulidad de lo actuado. Procedencia: Juzgado 32 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Acción: Orando Zea Mora. Delito: Abuso de confianza agravado. Radicación No.: 8877. 601

TARIFA LEGAL/SANA CRITICA/FALSO JUICIO DE CONVICCION. Si bien no existe tarifa legal para la valoración de las pruebas, ello no significa que el Juez pueda darles el valor que quiera caprichosa o arbitrariamente, de modo tal que les otorgue crédito a las probanzas que de acuerdo al buen sentido, a la lógica, al sentido común, o, lo que es lo mismo, a la sana crítica, no la tiene. Aunque no existe tarifa legal es viable demandar por error de derecho debido a falso juicio de convicción, cuando se han violado las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.* Sentencia Casación. 93-11-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Acción: Jader Alonso Mejía G. Delito: Homicidio agravado. Radicación No.: 8028. 603

VERSION LIBRE/CUERPO TECNICO DE POLICIA JUDICIAL. El casacionista

Pág.

acusa la sentencia por haber admitido y valorado la versión que sin apremio del juramento rindiera la testigo ante un investigador de la policía. Pero la argumentación sobre la invalidez de tal diligencia no es acertada, porque, al tenor de la reglamentación existente en el Decreto 050 de 1987, la Policía Judicial tenía facultad para recibir versiones libres. Así, el artículo 334, en los numerales 5° y 6°, se señalaba como atribuciones del Cuerpo Técnico de Policía Judicial: "Practicar todas las diligencias legales para la identificación física de los autores y partícipes y recibir su versión". "Recibir testimonio bajo la gravedad del juramento de las personas que hayan presenciado los hechos y de las demás cuya declaración interese a la investigación, excepto a los posibles autores o partícipes..." (resalta la Sala). Magistrado Ponente, Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11409. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Cali. Acción: Héctor Mario Realpe Guaspud. Delito: Homicidio agravado y tentativa de hurto calificado. Radicación No. 8126 609

AUTO INHIBITORIO. Varias son las causales que bajo la legislación procesal penal vigente para la época de los hechos (25 de marzo de 1986) prescribía la normatividad para que el Estado se abstuviera de iniciar una investigación penal: bien porque el hecho no ha existido, o porque la conducta no está prevista en la ley como infracción, o porque la acción penal no puede iniciarse (artículo 320 del Decreto 409 de 1971). Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Arantas González G. Delito: Extorsión. Radicación No.: 8050. 614

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / ARMA / SANA CRITICA / JUEZ. El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o, en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente en ella no dice. / Establecidos los hechos (presencia en el lugar, porte de armas, pretensión de evadir la acción de la policía) y teniendo en cuenta que el relato de la comisión del ilícito coincide con estos puntos con lo fácticamente comprobado, fuerza concluir que el proceso de inferencia lógica con base en las reglas de la experiencia apunta a señalar a los acusados como los autores del hecho. / El calibre es atributo del arma que no depende de su apariencia externa, sino del diámetro interno de su cañón, lo que resulta imposible determinar con precisión a simple vista, menos aún si tal percepción se produce bajo un estado de innegable angustia. / Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al juez y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que

Pág.

hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-09. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Edilson Silva y Otro. Delito: Hurto. Radicación No.: 8059. 620

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Enseña el artículo 55 del numeral 2º de la Ley 81 de 1993 que cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, tendrá derecho al beneficio de libertad provisional, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, para la procedibilidad del subrogado penal allí previsto. / Dicha norma faculta al Juez para otorgar el beneficio de libertad condicional al condenado a pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2). Cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación total. / La norma exige que la pena impuesta sea mayor de tres (3) años o de prisión que exceda de dos. En penas inferiores, lo procedente es la concesión de subrogado de la condena de ejecución condicional al momento de dictarse la sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-10. Decisión: Niega excarcelación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Héctor José Campos Bonilla. Delito: Hurto agravado. Radicación No.: 8573. 632

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Si la ley imponía un determinado valor a un medio de prueba y el Juez le asignaba uno diferente, el yerro era evidente. Bastaba la simple comparación para extraerlo e imponer el remedio consiguiente. A la fecha, la situación ha variado de manera tajante. Las reglas de la sana crítica constituyen el norte del juzgador, pues son la ponderación, la lógica misma y las reglas de la experiencia los fundamentos que debe tener en consideración para demeritar o ensalzar determinada probanza no sólo en cuanto a sí misma sino en relación con sus homólogas del devenir procesal. / Si lo que se buscaba era no atacar la prueba en sí sino la inferencia lógica que se extraía del hecho indicador, el ámbito natural para exponer sus razones era el error de hecho. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia

Pág.

Casación. 93-11-10. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: José Alí Buitrago. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8205. ... 634

INIMPUTABILIDAD / PRUEBA. Es verdad que el funcionario debe buscar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, pero ello no constituye una obligación puramente mecánica que lo obligue a practicar pruebas sobre la sanidad mental del acriminado, cuando no se han constatado hechos que en principio permitiera cuestionarla. El deber de decretar un dictamen pericial psiquiátrico-forense surge cuando sea necesario para los fines del proceso, y como es obvio en cuanto sea conducente para dilucidar la duda que pueda surgir respecto a la sanidad mental del procesado. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-10. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Pablo Mora. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8196. ... 642

DEMANDA DE CASACION / PERJUICIOS / CULPA / *REFORMATIO IN PEJUS*. Cuando una determinada irregularidad tiene cabida dentro de una de las causales de casación específicamente señaladas, la impugnación se debe realizar dentro del marco de ella. / Los perjuicios no constituyen pena, sino que son consecuencias civiles del delito, que generan responsabilidad civil contractual, en la que el delito se convierte en fuente de obligaciones, y por ser una cuestión eminentemente civil del proceso penal, no regulada por este ordenamiento, se debe proceder de conformidad con lo establecido en el estatuto procesal civil. Al atacar en el trámite de segunda instancia la condenación en perjuicios que se había hecho en primera, la parte civil adhirió a la apelación, eventualidad que al tenor de la parte final del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil facultó al superior para resolver sin limitación alguna, que al haber adherido a la apelación el representante de la parte civil el superior no tenía limitaciones de ninguna naturaleza en relación con este punto. / No se concibe que una misma actitud pueda ser al mismo tiempo negligente e imprudente, porque mientras la primera modalidad culposa se caracteriza por la imprevisión, el segundo fenómeno psicológico se distingue por la existencia de la previsión y por la confianza del autor en poder superar cualquier eventualidad que pueda sobrevenir de la imprudencia. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11-10. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Lucía Higuera Becerra. Delito: Homicidio en accidente de tránsito. Radicación No.: 8087. ... 649

Pág.

SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Si se aceptara en casación que al criterio del Juez se le pudiera oponer sin mayor fundamento otro distinto, se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11-10. Decisión: No Casa. Procedencia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar. Acción: Edgar Enrique Arredondo Torres. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8393..... 662

FISCAL. / COMPETENCIA / LEGITIMACION EN CAUSA / PARTE. Es una verdad que el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal le confiere al Fiscal como parte en el proceso la facultad de recurrir a la Corte en busca de la ruptura del fallo de instancia, siempre y cuando tenga la capacidad jurídica para realizar el acto procesal. / Debe aclararse que no se debe confundir entre la titularidad del recurso y la legitimidad para ejecutar ese acto procesal, habida cuenta que la primera va adherida a la calidad de parte; la segunda corresponde a la aptitud jurídico-procesal que estatuye la ley -poder impugnativo- para propender a la revocación, anulación, sustitución, modificación de una decisión recurrible, cuando el sujeto que resulte agraviado con ella la considere injusta o anormalmente cumplida. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-11-10. Decisión: Declara nulidad e inadmite el rec. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Hernán Alonso Palacio Mejía. Delito: Homicidio. Radicación No.: 85-88..... 667

DEMANDA DE CASACION. No es aceptable que para mostrarle a la Sala la ilegalidad del fallo se presente una visión particular de los hechos, con apoyo en hipótesis personales, dejando de lado la verdad procesal, pretendiendo acomodar al capricho el suceso punible. / En sede de casación, se examina la legalidad del pronunciamiento judicial, esto es, si la realidad que se probó en el expediente es compatible con la sentencia de segunda instancia. / Dado el principio de limitación que regenta el recurso extraordinario se necesita precisión y claridad en la censura, pues es la única manera de que la Sala entienda a cabalidad el pensamiento del recurrente y pueda resolver su inquietud dentro del ámbito que él propone. Sin embargo, en veces una omisión del actor sobre estos aspectos no conduce necesariamente al rechazo consiguiente si del texto mismo se infiere sin dificultad, bien porque el mismo libelista los particulariza dentro de sus razonamientos, ora porque la protuberancia de la censura hace manifiesta su comprensión, siendo innecesarias adicionales especificaciones ya que de su misma esencia se extrae su perfecta delimitación y las consecuencias negativas que produjo en el proceso. / Es obvio que el habérsele condenado por un cargo más de los deducidos en la resolución de acusación provoca una mayor carga

Pág.

punitiva y, por ende, causa un notorio perjuicio a los procesados, pues la sanción impuesta por fuerza se incrementa, amén de que les niega la oportunidad de defenderse de esta nueva acusación. La solución, en principio, no es otra que casar la sentencia parcialmente, reemplazándola por una que se atempere a los lineamientos expuestos en el pliego de cargos. Si con la exposición la Sala queda ilustrada con suficiencia y si de la talencia misma se extraen, sin lugar a dudas, sus consecuencias y, por tanto, el remedio para el entuerto, un posible escollo técnico queda por completo superado. / Si el juzgador estaba obligado a mencionar tan sólo el capítulo, es obvio que en el cuerpo de la providencia se debían mencionar todos los elementos necesarios que pudieran establecer con claridad la especie delictiva. Si jamás se mencionó la violencia como elemento de hurto, es claro que la defensa no tuvo oportunidad de controvertir la calificante que se le dedujo sorpresivamente en la sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-11. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Acción: Diego F. Morante Ospina y otros. Delito: Homicidio y otros. Radicación No.: 8173 671

DEMANDA DE CASACION. El numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, al relacionar los requisitos formales de la demanda, dice que ésta deberá contener "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". Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación 93-11-11. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Eduardo Vahos Echeverri. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8672. 690

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE / PRESCRIPCION. El protesto de un cheque no puede entenderse como un acto que permita predicar la utilización jurídica del título valor. Aunque es cierto que con este hecho el sujeto revela al mundo exterior su intención de ponerlo a circular en el tráfico jurídico, apenas se trata de un paso formal intermedio, sin consecuencias punitivas. / Con la realización de actos consumativos la acción típica está completa, corriendo a partir de este instante el término de la prescripción de la acción. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Acción de Revisión. 93-11-11. Decisión: Declara la improcedencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Mendez Martínez. Delito: Falsedad y estafa. Radicación No.: 8113. 693

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA. Aunque la ley no exige que expresamente se mencione si el error es de hecho o de derecho, y mucho

Pág.

menos que se diga la especie dentro de cada una de esas clases de error (de existencia, de identidad, etc.), si se tiene en cuenta que la sentencia judicial está cubierta por la doble presunción de acierto y legalidad, en aras de una mayor precisión, es bueno que el demandante ubique en cada caso cuál es el yerro que arguye, porque de no hacerlo muy probablemente su alegato se saldrá de los linderos de la casación, para adentrarse en los predios de una impugnación ordinaria o de instancia. / Como hoy día rigen la lógica y la sana crítica para la evaluación de las pruebas; es decir, como la ley no prefija el valor de cada una de ellas, el antes llamado error de derecho por falso juicio de convicción no es de recibo en este caso. En el evento de que al apreciar un medio probatorio el juzgador rompa la lógica, la sana crítica incurriría, ahí sí, en un error, pero de hecho. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-08. Decisión. No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Aristarco Forero Buitrago. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8437. 698

REFORMATIO IN PEJUS / INDAGATORIA. El legislador no ha querido que la aplicación del artículo 31 de la C. Política, sin excepciones, o sea, que la segunda instancia, en ninguna ocasión podrá hacer más gravosa la situación de condena señalada por la primera instancia, y con visible lógica apenas pretende la inmodificabilidad del fallo cuando contra éste el único que se alza es el sentenciado (o grupo de sentenciados) o su defensor. La posición resulta bastante comprensible, pues si la protesta sólo aparece a expensas de esta persona o personas, no resulta comprensible que haya recurrido la decisión para empeorar su compromiso. Pero por lo mismo que él no es el dueño absoluto de la decisión ni a él se reducen sus posibles consecuencias, ya que en el proceso intervienen otros sujetos (Ministerio Público, parte civil, Fiscalía), surge como necesidad el equilibrar los derechos de estos participantes y garantizar sus legítimas pretensiones. De ahí, entonces, que si la apelación aparece como acción propia de estas otras personas, que procuren mudar en condena lo que fue absolución, o que se agrave o intensifique una pena, o se elimine el subrogado penal, el funcionario de conocimiento en la segunda instancia no está limitado por ese canon constitucional, el cual es diáfano en restringir su aplicación para el evento de ser el procesado apelante único, entendiéndose por apelante no sólo la unidad sino la pluralidad de quienes pueden ostentar esta condición procesal. Y lo anotado se extiende integralmente y con mayor rigor cuando el fallo debe consultarse. / El procedimiento penal no supedita la verificación de la indagatoria a que el abogado por contratación esté en condiciones de actuar y actúe, menos cuando ni siquiera aquél se toma la diligencia y basta la cortesía de comunicar algún contratiempo que le impida, dificulte o retarde esa representación. La normatividad permanente establece soluciones y una

Pág.

de ellas es proveer al procesado de su defensor de oficio. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Luis Felipe Losada López. Delito: Secuestro extorsivo, porte ilegal y otros. Radicación No.: 7422. 703

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Cuando se trate de penetrar la sentencia de condena con el expediente de exponer un personal criterio y de interpretar unos medios probatorios de manera subjetiva, la argumentación del demandante no encuentra supremacía, pues la del juzgador sigue prevaleciendo, por estar acompañada su decisión de la doble presunción de acierto y legalidad. Lo que compete es demostrar yerros ostensibles, distorsiones imperdonables, ausencia de sana crítica, etc. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Marco Efraín Suárez Mejía. Delito: Fraude procesal. Radicación No.: 8196. 712

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA. Es una realidad que los medios probatorios practicados en el diligenciamiento de la acción de revisión son elementos de juicio nuevos que no fueron conocidos en el momento del debate probatorio y que hacen dudar de la correspondencia de su contenido y decisión con la verdad histórica de los hechos que fueron investigados en ese proceso. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Acción de Revisión. 93-11-11. Decisión: Ordena la revisión. Acción: Jesús María Orjuela Sandoval. Delito: Hurto calificado. Radicación No.: 6589. 720

REFORMATIO IN PEJUS. Es cierto que el mandato constitucional prohíbe que en la segunda instancia sufran menoscabo los intereses del procesado en el supuesto de que sea el único recurrente. Aumento de la pena, negación de subrogados penales, imposición de agravantes, etc., son ejemplos de ello. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93-11-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Antonio Caballero Martínez. Delito: Estafa y falsedad. Radicación No.: 8045. 727

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. En la jurisprudencia de esta Sala de Casación de 31 de octubre de 1989, en modo alguno se dice que no es necesario, ni mucho menos que no deban mencionarse, las normas sustanciales violadas. Lo que allí se indica es que esa omisión procede respecto de las normas-medio; es decir, aquellas a

Pág.

través de las cuales se llega a la violación directa de la norma fin. Ello, por la simple razón -se dijo allí- de que en tratándose de error de hecho, lo que se deja de tener en cuenta, se inventa o distorsiona, es el medio probatorio, resultando, pues, una cuestión meramente factual. Pero como la causal primera de casación prevé la violación de la ley sustantiva, es obvio que sea necesario indicar cuál es esta ley y de qué manera se transgredió; si por aplicación indebida, por falta de aplicación o por interpretación errónea. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación 93-11-11. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Acción: Alvaro Mellizo Ijaji. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8207. 733

EXTRADICION. Si en el fondo se alega una mala calificación de la conducta, su examen está fuera de la competencia de esta Sala, que debe fundamentar su concepto solamente "en la demostración plena de la identidad del solicitado, en la validez formal de la documentación presentada, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere del caso, en el cumplimiento de los tratados públicos". / El hecho de seguírsele un proceso en el país requerido es cuestión que compete analizar únicamente al Ministerio de Justicia cuando encare la viabilidad de conceder o no la extradición. Es el gobierno quien decide, pues, si ante esa circunstancia, difiere o no la entrega del reclamado. / La garantía de no ser extraditado, por virtud de la misma Constitución, opera exclusivamente para los colombianos por nacimiento. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extradición. 93-11-11. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno de los Estados Unidos de Norteamerica. Acción: Guido Fernado León. Radicación No. 8642 742

INVESTIGACION / DEBIDO PROCESO / NULIDAD. El quebranto de la investigación integral llevaría el proceso a su etapa sumarial, al paso que lo relacionado con la falta de motivación de la pena afectaría tan sólo la sentencia, lo que presupone la legalidad de lo actuado antes de cerrarse el juicio con la decisión de fondo. / Las deficiencias de la averiguación, en lo que lo omitido podría devenir en consecuencias favorables para el procesado, por su contenido y forma de expresión, están muy lejos de condensarse en lo que tradicionalmente se entiende como violación o desconocimiento del debido proceso. / Lo excluido en el campo de las comprobaciones realizadas por el instructor no puede mirarse bajo esta óptica de actuaciones imprescindibles, esenciales y de una tal naturaleza, que estigmaticen, siquiera hipotéticamente, la averiguación como imperfecta, desacertada y poco confiable. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-11. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal

Pág.

Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Gustavo Yara Zamudio. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado y agravado. Radicación No. 8163. 746

NULIDAD. Las nulidades se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 304 del C. de P. P. estando expresamente prohibido por el artículo 308 del mismo estatuto declarar la nulidad de un proceso por causas distintas señaladas en la ley. La simple disparidad de criterios entre dos funcionarios en la evaluación de la prueba no puede constituir en ningún caso causal de anulación de un juicio penal. / Las nulidades son sanciones que sufren las actuaciones procesales que han omitido los requisitos esenciales que la ley exige para el juzgamiento y que han sido establecidos para salvaguardar los derechos de los sujetos procesales. / Si el motivo de nulidad es real, y lesiona en forma grave el debido proceso o las garantías fundamentales del procesado, el Juez no sólo puede, sino que está en el deber de decretar aun oficiosamente la nulidad de la actuación para reparar el agravio, aun cuando esta medida puede llevar, en un futuro, a hacer más gravosa la situación del acusado. / No puede aceptar la Sala la petición en el sentido de que la nulidad sólo cobije el fallo impugnado y profiera la Corte sentencia de sustitución, entre otras razones, porque el vicio generador de nulidad se origina en una actuación anterior a la sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Notas: Salvamento de Voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia Casación. 93-11-12. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Oscar de Jesús Gaviria Restrepo. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No.: 7912. 752

REFORMATIO IN PEJUS / COMPLICE / AUTOR (SALVAMENTO DE VOTO) 761

SENTENCIA / DEMANDA DE CASACION. Es paradójico, porque la verdad es sólo una, que el sentido de la sentencia de segundo grado (absolutoria o condenatoria) suministre por sí un factor de permanencia e invulnerabilidad. Pero ésta es la realidad, dada la forma como se instituye la casación, que impide variaciones amplias, admisibles sí en las instancias. Y no es que con esto se quiera significar que se esté sacrificando el fondo por la forma, sino que cumplidos determinados requisitos, por parte del fallador, sin que pueda censurarse su postura desde el punto de vista lógico y racional como ha analizado la prueba, éstas, sus reflexiones, perduran así no se presente el fallo como el más aconsejable y ortodoxo. Y la situación se acentúa, en el sentido comentado, cuando la demanda no enfoca el problema por la vía adecuada, o descuida la introducción de una réplica exitosa que logre colocar en evidencia un mayúsculo y hasta incuestionable desacierto visible en la

Pág.

sentencia atacada. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia. Casación. 93-11-12. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Marco Antonio Díaz Angel. Delito: Homicidio culposo. Radicación No.: 8203. 763

CONTRAVENCION / NULIDAD / UNIDAD PROCESAL / COMPETENCIA. Acierta el censor al afirmar que se incurrió por el funcionario en nulidad por incompetencia, al haberse juzgado como delito una conducta en ese momento considerada como contravencional. / Lo anterior, por cuanto que, a pesar de tratarse de conductas conexas, no podía el funcionario judicial asumir esa competencia, porque el conocimiento de las lesiones causadas era atribución de los funcionarios de policía y por tanto se han debido compulsar las copias respectivas para que esa infracción hubiera sido investigada y fallada por las citadas autoridades del Ejecutivo. / La equivocación del *ad quem*, en realidad, no implica un profundo trastorno de la estructura del proceso, pues a la postre se traduce en el rompimiento de la unidad procesal, y tampoco genera impunidad, pues en el trámite que se inicie a partir de las copias que el Tribunal ordenó compulsar, la autoridad correspondiente determinará la responsabilidad penal que corresponde al sindicado por las lesiones personales que con desfiguración permanente ocasionó a la víctima, cuya pena, si por ellas resulta condenado, podrá acumular el Juez de ejecución de penas. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11-12. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Jairo Cortés. Delito: Homicidio y lesiones culposas. Radicación No.: 8274. 770

DEFENSA TECNICA / SANA CRITICA / *IN DUBIO PRO REO* / PARTE CIVIL. La inactividad profesional objetivamente considerada no genera per se invalidez de la actuación por falta de defensa técnica. Cuando el juzgador, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas ha llegado a la convicción o certeza sobre la responsabilidad del acusado, resulta en extremo difícil aceptar el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*). La parte civil, por no ser recurrente, carece de legitimación para reclamar un reajuste en la liquidación de los perjuicios causados a la víctima del delito de falso testimonio, pues es bien sabido que su intervención se limita exclusivamente a presentar un alegato apreciatorio oponiéndose a las pretensiones del demandante o coadyuvándolas. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación 93-11-12. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Luis Alfonso Núñez Merchan. Delito: Falsedad en documento privado. Radicación No.: 8120. 777

Pág.

PRESCRIPCION / RESOLUCION DE ACUSACION / CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA / PENA / IRA E INTENSO DOLOR. Las variaciones introducidas a la calificación por el veredicto del jurado acogido en la sentencia no tenían carácter retroactivo, es decir, que para efectos de la prescripción no podían comprender el enjuiciamiento por ser éste una ley del proceso; pero esa tesis fue acertadamente recogida mediante sentencia del 25 de abril de 1977, y reiterada en varias oportunidades, entre ellas en el fallo de marzo 24 de 1981. La conclusión del ad quem, afirmativa respecto a la existencia de la circunstancia de atenuación, modifica de manera permitida la resolución de acusación, y teniendo en cuenta que ese aspecto no fue impugnado, dicha sentencia contiene la calificación definitiva, la cual incide en todo el proceso, incluido desde luego lo relacionado con la prescripción. Entender este tema de una manera diferente equivale a guiar la actuación con dos puntos de referencia distintos: uno, el contenido en la resolución de acusación, el cual ya se sabe que fue modificado por la sentencia, pero extrañamente se le hace producir efectos en cuanto a la prescripción; y otro, el consignado con el fallo, que es el definitivo, pero al que sin embargo se le limita su alcance, en cuanto no informa todo el proceso sino únicamente el señalamiento de la pena. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Notas: Salvamento de Voto; Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia Casación. 93-11-16. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Enrique Niño. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8129. 787

RESOLUCION DE ACUSACION / PRESCRIPCION (SALVAMENTO DEVOTO). Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-16. Radicación No.: 8129..... 794

PERJUICIOS / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. Que el Juez sea el llamado a cuantificar los anotados perjuicios, desde punto de vista alguno significa que lo deba hacer irrazonadamente, sin ningún fundamento real, en una especie de uso de su absoluto arbitrio. Por el contrario, como toda discreción que le es propia, el Juez debe usar la suya con racionalidad y lógica precisando invariablemente si el delito produjo el dolor y acongojamiento de que se ha hablado, y en caso afirmativo en qué medida, o precisando si no ocasionó ese perjuicio moral, debiendo dar en uno y otro caso las razones de rigor. De otro lado, acertadamente se ha dicho que sólo por excepción los delitos contra el patrimonio económico generan un daño distinto del meramente objetivo o material. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-16. Decisión: Casa Parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Juan M. Castellanos. Delito: Hurto y porte ilegal de armas de defensa

Pág.

personal. Radicación No.: 8007..... 797

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD / NOTIFICACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / ERROR DE HECHO. Una de las características del debido proceso es el derecho a la defensa; por esa razón es evidente que al violarse este último se afecta el primero. Lo que sí puede presentarse de manera independiente, y de ahí la validez de la separación hecha por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal en los numerales segundo y tercero, es que se cometa una irregularidad que rompa la estructura formal del proceso sin afectar el derecho a la defensa, como podría ocurrir en un diligenciamiento viciado que haya terminado con sentencia absolutoria. / El debido proceso no puede entenderse únicamente como los pasos que la ley señala para llegar a la sentencia, sino también como los actos procesales y las determinaciones que el Juez debe tomar para asegurar una pronta, recta y cumplida administración de justicia. / Es cierto que las notificaciones deben ser realizadas dentro de los parámetros legales previstos en el ordenamiento procesal, para cumplir con los efectos perseguidos en ellas. Su naturaleza jurídica es la de un acto de información por medio del cual los sujetos procesales adquieren conocimiento de algunos aspectos del ejercicio de la jurisdicción. Siendo ello así, debe concluirse que cuando se violen los preceptos normativos que la rigen, su infracción no puede mirarse aisladamente, sino en relación con los efectos que la omisión o irregularidad haya podido comunicar al posterior desenvolvimiento del proceso. / Siendo evidente que el procesado y su defensor conocieron el contenido del proveído, no es posible pretender con afirmaciones contrarias a la realidad procesal que se invalide la actuación. / Cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho radicado en falso juicio de existencia, para que pueda prosperar el cargo, el casacionista está en la obligación de demostrar que el fallador supuso una prueba inexistente, o que dejó de considerar una que legal y materialmente hace parte del proceso, así como la incidencia que el yerro invocado tiene en la decisión tomada por el sentenciador. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.* Sentencia Casación. 93-11-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Eliseo Reyes Bello. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8155. 804

CONFESION / IRA E INTENSO DOLOR. La confesión del hecho no puede entenderse como mero reconocimiento de una actuación material o física, máxime cuando el C. Penal ha desechado todo intento de responsabilidad objetiva, sino como un comportamiento tal, que permita establecer, así sea de manera atenuada (la grave e injusta provocación, el exceso en la legítima defensa), consecuencias punitivas. A estos fines ciertamente que

Pág.

la confesión cualificada, cuando ésta se centra en una causal de justificación, de obrar conforme a derecho, lejos de facilitar el conocimiento y valuación del punible, los aleja, dificulta, oscurece y hasta puede conducir a efectos distintos, fuera de que nada dice en cuanto a la sinceridad del compareciente. Nótese que algunos beneficios adjudicables a esta criticada posición del incriminado, como sería el que al menos se sabe quién ha realizado la acción o la omisión comportamentales, no se alcanzan cuando existe desde un principio o en el desenvolvimiento de la investigación una demostración a este mismo respecto, mediante otros medios probatorios (testimonios, pericia, indicios, etc.). Una diminuente como ésta no es para prodigarla a diestra y siniestra, porque no dejan de advertirse con libertad tal ciertos contrasentidos, como destacar que la confesión está consagrada para fijar una nítida responsabilidad, así sea con efectos disminuidos, pero de esta connotación se aleja cuando se le adobba con una justificante, postura que busca y pretende inhibir las consecuencias de la ley penal. Otra situación como ésta podrá traducir una manifestación defensiva del indagatoriado o del cído en versión previa, pero no será, en su cabal sentido, un reconocimiento de responsabilidad, como confesión. / Es obvio que la admisión de los hechos debe tener la suficiente relevancia para el pronunciamiento judicial. Por esta razón se eliminó tal requisito en la codificación vigente al inferirse que dicha exigencia continuaba marcando la directriz de la figura. No hay razón, por tanto, para la aplicación del principio de favorabilidad al guardar las dos normas identidad conceptual y jurídica. / No se necesita de estudios profundos sobre la condición humana para saber que el súbito e injusto desconocimiento de un derecho de esta índole (clausura de servidumbre), máxime cuando al afectado se le veda cumplir el paso hacia el lugar donde debía laborar, constituye una provocación injusta y grave. Y más acerca lo uno y lo otro cuando el físico cerramiento se acompaña de tratamiento verbal intolerable. Es natural y guardan una evidente relación causal estas circunstancias con el descontrol anímico así vejado y se explica, en ese ámbito de la atenuación, su reacción de hecho que en cuanto a la justificación tiene que seguirse mirando como desmedida, innecesaria e injusta. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-17. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Luis Fernando Alvarez Guzmán. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8258 815

INIMPUTABILIDAD / INCULPABILIDAD / DOLO / CULPA / NULIDAD. En nuestro sistema penal la embriaguez no constituye de suyo causal de inimputabilidad o inculpabilidad, a menos que haya dado lugar a trastorno mental de tal magnitud que impida a la persona que actúa bajo sus efectos comprender la ilicitud de su comportamiento. / Ni aún en el supuesto de que

Pág.

se hubiese calificado como doloso un homicidio que debía ubicarse dentro del campo de la culpabilidad tal circunstancia no llevaría a la nulidad de la actuación, pues la denominación jurídica de la infracción que podría invalidar un proceso se refiere a un error en relación con la calificación genérica del delito, como si se considerara como peculado aquello que es tan sólo un abuso de confianza, o como aborto un comportamiento que en su realidad jurídica constituye un delito de homicidio. / Pero las circunstancias punitivas de atenuación, o aquellas que desplazan la especie delictiva hacia otra cobijada por la misma denominación jurídica, mientras no agraven la situación del procesado ante la ley penal, no pueden invalidar la actuación porque no existe traumatismo estructural ya que se conserva en nomen juris de la infracción y en modo alguno se lesiona el derecho de defensa. En estas condiciones la modificación de la especie dentro del género del delito, sin modificar la denominación jurídica de la infracción, no constituye la hipótesis de nulidad y tan sólo podría configurar una incongruencia relativa entre la resolución de acusación y la sentencia, que de modo alguno afecta los intereses de la justicia ni los derechos del procesado. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación 93 11-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Fredy Castillo Caravito. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8150 829

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / CASACION OFICIOSA. Cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial no es procedente cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia, ni la apreciación de las pruebas. Esto equivale a decir que el demandante acepta ambos aspectos del fallo, y se ocupa de impugnar únicamente la selección o la interpretación de las normas. Al plantear el reproche al amparo de la violación directa de la ley y desarrollar la argumentación como si se tratara de la violación indirecta, provoca la dilogía correspondiente, impidiéndole a la Corte dar una respuesta de fondo, puesto que para hacerlo tendría que entrar a corregir y complementar la demanda sobrepasando el ámbito de las posibilidades que le están permitidas, para adentrarse en otras que le están vedadas por el principio de limitación que rige el recurso extraordinario. / No se puede decir sin incurrir en un error garrafal que un mismo precepto ha sido violado simultáneamente por la vía directa y la indirecta, ya que los dos cuerpos son excluyentes en la medida en que el primero implica la aceptación de la base fáctica y probatoria, en tanto que el segundo significa su rechazo. / Tampoco es posible acusar simultáneamente por varios motivos del cuerpo primero una misma norma. A la interpretación errónea de la ley sustancial es imposible arribar por la vía indirecta, por cuanto la falla del sentenciador recae sobre

Pág.

el texto de la ley en su comprensión conceptual al margen de cualquier problema probator o. / El error en la calificación del hecho punible no es posible demandarlo por la causal primera, ya que la sentencia de sustitución, en el evento de que prospere el cargo, sería incongruente con la resolución de acusación, quebrantando así la estructura conceptual del proceso. / Es verdad que la causal tercera de casación puede declararse de oficio pero eso supone que el error del sentenciador sea ostensible. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Holmes y Heleer Alzate Cardona. Delito: Homicidio agravado y porte ilegal de armas. Radicación No.: 7749 834

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / JUEZ REGIONAL / COMPETENCIA / *IN DUBIO PRO REO*. En la jurisdicción de orden público (hoy jurisdicción ordinaria conformada por los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional) concurrían todos los factores que la ley había previsto para atribuirle, no la simple labor instructiva, sino la conducción del proceso hasta su terminación. / La razón de ser de la distinción entre armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares, hecha por el legislador, radica en su poder de destrucción, mucho mayor en estas últimas. / Cuando los proyectiles dum dum han sido adaptados a un arma de defensa personal, como lo es un revólver de calibre 38, su presencia en ella aumenta notablemente su capacidad destructora, por lo que el simple porte de los mismos constituiría hecho punible de competencia de los Jueces de Orden Público (hoy Regionales). / Si además el procesado portaba dicha arma sin el correspondiente salvoconducto por tratarse de un revólver hurtado, infiérese la existencia de un fenómeno concursal por la concurrencia de plurales infracciones (porte ilegal de armas de defensa personal y de munición de uso privativo de las fuerzas militares). / Resulta difícil reconocer el beneficio de la duda (in dubio pro reo) cuando el juzgador, gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas, ha llegado a la convicción o certeza invencibles de la responsabilidad del acusado. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11-17. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Octavio Bernal Cifuentes y otro. Delito: Porte y transporte de armas y municiones y hurto. Radicación No.: 5191 848

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / DEMANDA DE CASACION. La violación de la ley sustancial puede presentarse por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del Juez y la norma, bien sea porque fue dejado de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida o porque habiéndose

Pág.

aplicado la correcta fue interpretada erróneamente. Por esta vía se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como las plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae directamente sobre la norma. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: Rechaza la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Edwin Albeiro Torres Diossa y José Gabriel Alvarez. Delito: Tentativa de homicidio y hurto calificado y agravado. Radicación No.: 8890 859

PRUEBA / RESOLUCION DE ACUSACION / DERECHO DE DEFENSA. Los elementos aportados a la averiguación, así como la índole de las citas, permitirán advertir de cuál lado debe moverse el funcionario para cumplir con el dictado de la investigación integral. En estas circunstancias no es difícil pasar sobre añagazas y descubrir el ardid exculpatorio; o, por el contrario, determinar una situación real, grave y seria que merece ser despejada. Lo determinante para imponer la práctica de una prueba es "su real conducencia con lo investigado o la validez racional de sus proposiciones", aspecto fundamental que, de no darse, obliga a descartar la pretensión, pues no aparece "la importancia de las pruebas omitidas, su relación con los hechos investigados, sus consecuencias particulares a los demás medios de prueba y su necesidad procesal". / Nadie niega la trascendencia de la resolución acusatoria, en la redacción del mismo, mediante la cual el procesado y las demás personas intervinientes y partes deben saber y conocer la conducta que se enrostra para poder ejercitar las debidas defensa y acusación. Pero no toda omisión da al traste con esta pieza esencial de juzgamiento, que sería sacralizar las formas, cometido ajeno del proceso penal así se inserte éste en estadios institucionales anteriores a la actual Carta Política -art.228-. Lo que interesa es la formulación, a este respecto, en condiciones de poder establecer la entidad del cargo, así su ubicación o los términos de referencia no sean los más convenientes ni paradigmáticos. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Marín Enrique Piraguata Ayala. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación No.: 8193 863

ACCION CIVIL / ACCION PENAL / PERJUICIOS. La acción civil que se ejerce en el proceso penal tiene como fundamento el daño privado que se ha causado con la conducta reprochable, lo que da lugar al correspondiente resarcimiento. Esta obligación que nace en cabeza del condenado es diferente de la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicamente tutelados, cuyo carácter es público, por voluntad del legislador que ha querido darles una especial protección por la importancia que representa al interior de la sociedad. / El perjudicado con el ilícito tiene ante sí dos posibilidades: acudir

a la jurisdicción civil directamente o hacer lo propio dentro del proceso penal pero delimitando sus intereses privados de los públicos que le pertenecen al Estado, ambas dependen del resultado final pero éste influye en cada cual de manera diferente. / La normatividad penal ha entendido con suficiencia el fenómeno y, por ello, al reglamentar el papel que debe cumplir el actor civil, le coloca mojones que separan su tarea particular de los intereses públicos que mueven al Estado al perseguir el injusto. Cada acto que cumpla dentro del proceso ha de buscar únicamente lo que a su interés privado le concierne, esto es, el reconocimiento del daño causado con la infracción y su justa indemnización. Cuando trascienda esta frontera no tendrá ninguna legitimidad y perderá toda relevancia. Los daños materiales derivados del hecho punible son los que afectan el patrimonio económico de la víctima o sus herederos, cuya cuantificación se realiza teniendo en cuenta el daño emergente (las pérdidas causadas) y el lucro cesante (la ganancia o provecho que deja de percibirse). Los perjuicios morales, en cambio, son aquellos que por su naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas afectan el patrimonio espiritual del individuo, sin trascender su órbita de intimidad, vulnerando así intereses o bienes no valorados económicamente. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación. 93 11-18. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Dora Morene Herrera, ex Juez Primero Civil Municipal de Suba. Delito: Prevaricato. Radicación No.: 8495 869

APELACION/CASACION DISCRECIONAL. El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna. / Como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de manera que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia. / Siendo la casación un recurso extraordinario, los fallos contra los cuales procede están previstos de manera taxativa, y por la propia naturaleza del derecho procesal, no es posible, so pretexto de una interpretación extensiva, pretender aplicarlo contra decisiones que la ley no ha señalado. / Si bien por la vía de la casación excepcional es posible que la Corte

Pág.

Suprema de Justicia, discrecionalmente, acepte el recurso para casos distintos de los ya mencionados en el inciso 1º del artículo 218 ibidem, la excepción se refiere a la cantidad de pena exigida, en cuanto la pena privativa de la libertad señalada para el delito puede ser inferior a seis años, y en cuanto al funcionario que dictó la sentencia, que puede ser un Juez del Circuito, pero en ambos casos siempre que se trate de un proveído de segunda instancia, pues no existe en materia penal la casación per saltum, y cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: inadmite el recurso. Procedencia: Corte Suprema de Justicia Acción: Nohora Correa García y otros. Delito: Prevaricato. Radicación No.: 4083 885

CARGOS EXCLUYENTES / DEMANDA DE CASACION. La expresión de cargos excluyentes, auspiciada por el artículo 225-4 del C. de P. P., no puede traducirse en libérrima autorización para atropellar la más elemental lógica ni la básica singularidad del recurso al punto de ser suficiente un solo cargo, en el cual se aborda toda la temática probatoria, para luego perderle todas las imaginables lucubraciones y solicitudes, así sean las más incompatibles. Las censuras ni estarían separadas ni independientes, y a lo sumo se distanciarían mecanográficamente los pedimentos. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Acción: Libardo Durán Rojas. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8073 889

SENTENCIA / NULIDAD / FLAGRANCIA /EXTORSION / CONCUSION Cuando la acusación a la sentencia tiene como causa el haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, se debe señalar con claridad y precisión la especie y el fenómeno que la ocasiona y sus fundamentos. Si de violación del derecho de defensa se trata, el actor está en la obligación de determinar la actuación procesal que se considera lesiva de la garantía del procesado y su incidencia desfavorable en las determinaciones adoptadas en la sentencia impugnada. / Y si el caso es de infracción al debido proceso, es deber del recurrente señalar la existencia de la irregularidad sustancial que resulta lesiva del sistema mixto que lo informa. / El artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 474 del anterior Código de Procedimiento Penal, de modo expreso contempla el procedimiento abreviado para el evento de que el imputado sea capturado en flagrancia. / No es posible en sede de casación solicitar por quien representa los intereses de los acusados que se agrave su situación jurídica, al pretender que se revoque una sentencia por el delito imperfecto de extorsión, para que en su defecto se le condene por uno consumado de concusión que entrañaría un mayor incremento punitivo.

Pág.

/ Por manera que la amenaza o el constreñimiento no fueron ejercitados por los delincuentes prevalidos de su cargo o en relación con la función, o como empleados oficiales, calidad que se cuidaron de ocultar y que para nada incidió en la conducta ilícita. En estas condiciones es impropio hablar de un delito de concusión cuando la conducta se subsume nítidamente dentro del delito de extorsión. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Noé Cedeño y otro. Delito: Extorsión. Radicación No.: 8101 897

NULIDAD / ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / DEMANDA DE CASACION. Cuando se acude a la causal tercera no resulta suficiente con citar la omisión de determinadas pruebas para invocar con vocación de éxito la causal de nulidad. El censor ha de señalar su trascendencia, esto es, demostrar que de haberse tenido en cuenta indefectiblemente habría favorecido la situación del condenado. / Cuando en la demanda se alega la causal primera, cuerpo segundo, hácese imperioso que la argumentación conduzca a demostrar que la sentencia vulneró indirectamente la ley sustancial por haberse cometido falencias sobre la existencia de la prueba o su justa apreciación (errores de hecho), o sobre la aducción o admisibilidad de las pruebas al procesado o acerca de las normas reguladoras de su valor probatorio (errores de derecho). / En el caso de los errores de hecho, menester es que igualmente se especifique si el juzgador omitió el examen de una prueba que de haberla valorado correctamente habría cambiado el alcance de la sentencia (falso juicio de existencia por omisión), o si supuso la existencia de una prueba (falso juicio de existencia por suposición); o si, en fin, tergiversó o distorsionó el sentido de alguna de las pruebas allegadas al proceso (falso juicio de identidad). / En estos supuestos, la censura, cualquiera que ésta sea, debe referirse indefectiblemente a las pruebas del proceso pero no a las omitidas o dejadas de practicar. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia Casación 93-11 18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Colín Richard Shearing. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No.: 8378 909

APELACION / NULIDAD. Cuando se pretende apelar de una sentencia, pero coetáneamente se ataca la validez de la misma ante el funcionario que la emitió, deprecando su nulidad, es claro para la Sala que mal puede entenderse válidamente recurrida, porque para este momento se ignora si el fallo sobrevivirá o no a la decisión que se reclama. En estricto sentido, lo que con esta actitud procesal plantea el recurrente es un imposible jurídico: la sentencia es nula, y ustedes, señores magistrados, deben invalidarla; pero si no lo hacen, yo desde ahora y antes de que se pronuncien sobre el

Pág.

particular, y por ende antes que conozca las razones y motivos del futuro pronunciamiento, interpongo recurso de apelación. / Como se advierte, el objeto de la apelación en este caso no fue propiamente la sentencia, sino el auto que eventualmente y en un futuro decidiera no invalidarla. En realidad, pues, lo que se pretende con este procedimiento es algo no permitido por la ley y que desconoce la naturaleza de los recursos, pues resulta absurdo pensar en una impugnación que no rebata los motivos de inconformidad, lo que se daría, por sustracción de materia, de aceptarse la tesis que se critica. / Gracias al artículo 28 de la Ley 81 de 1993, la apelación, y esto únicamente respecto de los autos interlocutorios susceptibles de este recurso, sólo se puede interponer como subsidiaria de la reposición, y nada más. Pero adviértase que al fin y al cabo se trata de dos recursos y que con esa autorización se pretende una economía procesal, que no puede buscarse a través de otros mecanismos no consentidos por la ley y que contravienen la naturaleza de este medio de impugnación. Ningún otro condicionamiento autoriza el legislador. Por manera que quien pretenda apelar de una sentencia debe hacerlo dentro de los términos de ejecutoria pero sin condicionar sus recursos a decisiones posteriores. / Para hacer viable la apelación que se comenta no puede de ninguna manera equipararse la solicitud de nulidad con un recurso de reposición, pues bien es sabido que se trata de dos instituciones totalmente distintas, y que contra las sentencias no procede este recurso. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Segunda Instancia. 93-11-18. Decisión: Inadmite el recurso de apelación. Procedencia. Tribunal Nacional. Acción: Orlando Arias Lima, ex Juez Primero de Orden Público de Pereira. Radicación No.: 8901 919

ERROR DE HECHO. Se cae en yerro de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (error de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (error de identidad). Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Jorge Guzmán. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación No.: 8206 .. 922

CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA/LIBERTAD PROVISIONAL. El reconocimiento de cualquier circunstancia de atenuación punitiva que el peticionario pretende se haga a través de un incidente de libertad resulta a todas luces inconducente, pues la Corte no puede atender dicho reclamo, sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación con base en la demanda presentada por su apoderado en la que se reclama la modificación de la pena impuesta en el fallo de segunda instancia; lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29

Pág.

de la Carta Política. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: Declara improcedente petición. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Braulio Santos Aldana Rangel. Delito: Homicidio agravado. Radicación No.: 8861. 931

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA. En la nueva normativa sobre el recurso extraordinario es factible la presentación de reproches opuestos entre sí, pero ellos deben ser planteados en capítulos separados y de manera subsidiaria. / Los medios de prueba, desde que existen, admitidos como tales por el legislador, no pueden ser calificados como erróneos, como si se puede predicar de las normas legales. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Humberto Hernández Pinzón. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado. Radicación No. 8284 933

RESOLUCION DE ACUSACION / SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Los cargos que propician el juzgamiento deben ser claramente precisados en la resolución de acusación; y la sentencia debe ser dictada en armonía con los mismos, siendo posible que se le reconozcan atenuantes no señalados en la acusación o que se libere al procesado de cargos en aquélla formulados. Pero para que exista la debida consonancia y con ella el respeto al debido proceso, y el derecho a la defensa, en la sentencia no se pueden deducir agravantes no previstos en la resolución de acusación y cargos que no le fueron deducidos en la misma, porque de presentarse esta situación, nos encontraríamos en presencia de una clara discordancia entre la acusación y la sentencia que daría lugar a la prosperidad de la causal segunda de casación. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Sentencia Casación. 93-11-18. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Acción: Pascual Rentería Palacios. Delito: Homicidio. Radicación No.: 8311 941

PORTE ILEGAL DE ARMAS / ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION. La sanción penal por violación del control oficial sobre armas de fuego, municiones y explosivos ha estado encaminada a la preservación del orden público, marco normativo dentro del que se han promulgado las disposiciones relacionadas con esa materia. / La resolución acusatoria, pieza fundamental de la acusación que una vez ejecutoriada se convierte en ley para el juzgador y los sujetos procesales, incluye dentro de

Pág.

las múltiples conductas reprochadas al sindicado el "suministro ilegal de arma de fuego de defensa personal", circunstancia que al amparo de la ley vigente saca el asunto de la órbita del juez del circuito y lo traslada ipso facto a la del juez regional. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Cisneros (Antioquia). Acción: Víctor Raul Ríos y otro. Delito: Porte ilegal de armas y municiones. Radicación No.: 8923 945

REPOSICION / PRUEBA. Si el accionante consideró que las pruebas sí han debido admitirse, debió, en su momento, pedir la reposición del auto que negó su práctica. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión: Niega revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jaime Danilo Castro. Delito: Homicidio y lesiones personales. Radicación No.: 8057 949

CAMBIO DE RADICACION. El instituto del cambio de radicación, como medida extraordinaria y de carácter excepcional que es, requiere demostraciones, en el sentido de que la justicia no puede ser administrada con imparcialidad o independencia, con grave detrimento en las garantías judiciales, en la publicidad del juzgamiento y en la seguridad del procesado o su integridad personal. / La petición del cambio de radicación debe ser motivada y acompañada de pruebas idóneas que lleven al funcionario competente a la convicción de que cualesquiera de las circunstancias precedentemente anotadas se estructuran a cabalidad y, por ende, la justicia se ve seriamente comprometida en su rectitud y eficacia, habida cuenta que en este incidente la norma procesal no contempla la posibilidad de un periodo probatorio previo al pronunciamiento de funcionario competente para desatarlo al dejar, el legislador, al solicitante la carga probatoria de demostrar la circunstancia argüida en el escrito y al superior de resolverlo, en un término no inferior a tres días mediante interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Cambio de radicación. 93-11-19. Decisión: No dispone el cambio. Acción: Jorge Luis Ruidiaz Pedrozo. Delito: Tentativa de homicidio y porte ilegal de armas. Radicación No.:8927 953

SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION. Ante la ausencia de tarifa legal para la evaluación de las pruebas, no se da el error de derecho por falso juicio de convicción, siendo posible sólo aducir, en este caso, error de hecho (por falso juicio de identidad con el proceso) cuando el juzgador valora una prueba contra los principios de la lógica o la sana crítica. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Pág.

Medellín. Acción: José Walter Neira. Delito: Homicidio. Radicación No. 8388 955

NULIDAD/ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DEMANDA DE CASACION / SENTENCIA. Cuando el casacionista alega falta de competencia, porque el delito es de lesiones personales y no de tentativa de homicidio, debe alegarse concretamente una errónea calificación jurídica, la cual genera nulidad por atentado al debido proceso. / Jurídicamente las sentencias de primero y segundo grados constituyen un solo cuerpo en los puntos coincidentes. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión. No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: José Ramiro Jiménez. Delito: Tentativa Homicidio. Radicación No.: 8499 962

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Si el actor en su sustentación se dirige a probar que el proceso está sustancialmente incompleto (pues a su juicio faltan pruebas vitales), sobre vicio semejante no puede la Sala dictar fallo de sustitución, sino que, de prosperar la casación, tendría que remediar la falencia alegada, a fin de que se practicaran las pruebas demandadas, lo cual no puede hacerse sino a través del mecanismo de nulidad. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Wilson G. Rodríguez. Delito: Concusión. Radicación No.: 8368 967

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Si se aduce la violación directa de la ley sustancial, se aceptan los hechos y las pruebas tal como las ha asumido el fallador, al paso que si se alega violación indirecta, se discute dicha apreciación probatoria. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-11-19. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Oswaldo Fierro Octavo. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación No.: 8847 974

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / *REFORMATIO IN PEJUS*. Afirmar que el comportamiento del acusado no rebasó la esfera penal por carencia de dolo, y que el Estado invirtió la interpretación probatoria teniendo por de cargo la que eran de descargo y que por eso falló contrariamente a lo probado, son afirmaciones que requieren, cada una, su propia demostración. / Ciertamente la legislación no hace una clasificación nominativa de los distintos aspectos y conceptos que constituyen la violación de la ley sustantiva en materia de casación, pero también lo es que la presentación de los cargos y su desarrollo obedece a

Pág.

pautas de lógica jurídica propias del recurso, que como extraordinario impone una serie de condiciones que abarcan desde la mera estructuración formal de la demanda hasta su desenvolvimiento técnico y así mismo lógico. / La obligación civil, pese a ser una de las consecuencias del delito, no es una sanción, no está prevista como tal en la ley positiva, y no tiene por qué estarlo, en cuanto el delito es una de las fuentes de las obligaciones en materia civil. / Restringiéndose la prohibición constitucional al aspecto punitivo del delito: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único", so pretexto de este mandato no puede rebasarse su contenido y alcance impidiendo al juez de la segunda instancia enmendar los yerros que en materia indemnizatoria hubiera podido incurrir el a quo al efectuar su tasación. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.* Sentencia Casación. 93-11-24. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Fernando Mesa. Delito: Estafa. Radicación No.: 7560 977

DEMANDA DE CASACION / *IN DUBIO PRO REO.* En el recurso de casación sólo pueden discutirse los errores del juicio valorativo de las pruebas, en tratándose de la violación indirecta, basándose en las consideradas en sí mismas y a partir de ellas, no en los criterios de evaluación ajenos a esa exigencia obrantes o no en el proceso, por el mero hecho de que con ellos comulgue el interesado. / El principio de la duda no eliminable dentro del proceso y causante de absolución, que es el que consagra la norma, exige para su aplicación la persistencia del estado de perplejidad hasta el punto que el Juez no puede adoptar con la certeza absoluta la decisión que pone fin al proceso. / El Juez de la casación no puede arbitrariamente cambiar el sentido de las decisiones acusadas a través de este recurso extraordinario, a riesgo de atentar él mismo contra el fundamental derecho del debido proceso, que por igual cobija a las partes hasta el último momento de la vigencia de la actuación. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.* Sentencia Casación. 93-11-24. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Fernando Augusto García Herrán. Delito: Estafa. Radicación No.: 7144 985

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL. Las Resoluciones 009 y 018 de 1987 reglamentan algunas de las actividades que pueden desplegarse con el manejo de elementos precursores de estupefacientes, tales son la importación, fabricación, venta, distribución, transporte y uso; pero de ninguna manera ello implica que el manejo de cantidades inferiores de tales sustancias precursoras haya dejado de ser ilegal, pues, indudablemente, cuando su conservación la motiva el propósito de utilizarlas en la elaboración de droga, el delito se estructura a pesar de que la cantidad no alcance los

Pág.

límites establecidos para el control administrativo. / El artículo 3º del Decreto legislativo 1676 de 1991, al modificar el parágrafo del artículo 9º del Decreto 2790 de 1990 dispuso: la competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras competencias, con excepción de las de menores, así como de los casos de fuero constitucional. Igualmente conocerán de los delitos cometidos con antelación a la fecha en que fueron definidos los tipos penales que aparecen en este decreto y en las normas a que él se refiere, cuando se adecuen a ellos...". Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Colisión de Competencias. 93-11-24. Decisión: Atribuye competencia. Procedencia: Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán. Acción: Alicia Pérez. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación No.: 8924 991

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. La violación de la ley sustancial reviste en la violación indirecta también los sentidos de falta de aplicación o de aplicación indebida del precepto de tal naturaleza, pero que a cualquiera de ellos debe llegar el fallador, siempre, por intermedio de yerros ostensibles de apreciación de la prueba que sustenta la sentencia, ya sea por los llamados errores de hecho o de derecho, mientras que por contraste, en la violación directa, la transgresión se manifiesta en esos mismos sentidos, y también en el de errada interpretación cuando el error del sentenciador recae en forma inmediata sobre el precepto sustantivo, o sea para inaplicarlo, aplicarlo indebidamente, o malinterpretarlo, en virtud de recortarle o extenderle sea en exceso o en defecto su sentido y alcance para adaptarlo a la situación fáctica establecida en el proceso y reconocida en el fallo; o también porque en la selección de la norma incurrió en error relativo al tiempo de vigencia o a otras circunstancias de su aplicación; ésta, la razón por la cual el demandante está en el deber de precisar el origen de la transgresión que alega con miras al correcto encauzamiento de su reclamo. / El principio de limitación del recurso extraordinario impone a la Corte reducirse a la causal alegada y probada, excepción hecha de los casos de la oficiosa casación. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-11-25. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Alejandro Ortiz Torres. Delito: Homicidio y otro. Radicación No.: 8182..... 996

SANA CRITICA / PRUEBA. Dentro de las reglas de eficacia del procedimiento, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal facultaba al Juez para el rechazo de las pruebas inconducentes, ilegales, ineficaces, impertinentes o

Pág.

superfluas. / Existen medios de prueba que la ley regula de manera expresa, v. gr. la obligación que tienen los comerciantes de llevar libros de contabilidad artículos 19.3, 48 y 68 del Código de Comercio, en concordancia con el Decreto 624 de 1989 artículos 654 y 655 del Estatuto Tributario, y las de los liquidadores de las sociedades de presentar estados de la liquidación, un informe razonado, un balance general y un inventario detallado, artículos 225 y siguientes del Código del Comercio. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93 11-25. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Martha María Arcila de Cossio. Delito: Abuso de confianza y falsedad en documentos. Radicación No.: 8069 1003

DEMANDA DE CASACION / *IN DUBIO PRO REO* / INIMPUTABILIDAD. Sabido es que en casación las dos formas de violación de la ley sustancial que consagra la causal primera imposibilitan su presentación conjunta, pues tratándose de la violación directa el debate se centra con exclusividad en el aspecto jurídico sin objetar en lo mas mínimo las situaciones fáctica y probatoria, en tanto que en la violación indirecta la discusión radica en el estudio de los medios de convicción sea porque el juzgador omitió la consideración de una prueba existente, distorsionó otras en su contenido objetivo o aun adujo en el fallo una que no hacía parte del plenario -errores de hecho-, bien porque toleró la aducción de medios de contradicción con las normas que regían su decreto o aporte, o las valoró, siendo legales, con claro distanciamiento de las reglas de la sana crítica -errores de derecho-. / Con todo y ello ser así, tampoco resultaría acertada la desestimación apriorística y frontal de una demanda que intentase el ataque por la vía directa, bajo la sola excusa de contener alguna alusión marginal o general a los medios probatorios, pues la contradicción no radica en que se traiga cualquier remembranza de los medios, sino en el imposible lógico de atender planteamientos antagónicos o excluyentes, lo que sucede cuando se alega sobre la exclusión directa de un precepto, la aplicación de otro que no corresponde o el equivocado alcance de aquel que debe resolver el caso de modo diferente del contenido en la sentencia, pero al tiempo se discuten los hechos o las pruebas sobre las cuales éstos se concluyen, pues en casos tales se plantea una disyuntiva que, por no haber definido el censor en su momento, deja a la Corte en imposibilidad de dirimir, restringida como se halla a los términos exactos en que reciba la demanda, que por principio de limitación no podrá entrar a modificar, corregir ni seleccionar a su criterio. / La violación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 247) no siempre implica su proposición en casación por una misma vía porque aceptando que se trata de un precepto garantista cuya proyección de favorabilidad para el procesado le da el carácter de norma sustancial.

Pág.

Bien puede resultar directamente desconocido cuando pese al reconocimiento de las dudas insuperables y esenciales el juzgador le niega sus efectos, caso en el cual debe invocarse la violación directa; o bien a causa de errores de hecho o de derecho y de manera indirecta desconocida aquella garantía centrándose el debate en la prueba, sea porque en razón de falsos juicios de existencia o de identidad, ora de legalidad o convicción, la sentencia desconoció esa realidad que la llevaba a admitir y conectar la duda. / El estado de alicoramiento por sí solo no inhibe la capacidad de entendimiento y determinación. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Sentencia Casación. 93-11-25. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Jorge Ernesto Orejuela Cabezas. Delito: Homicidio. Radicación No. 8030 1013

ANTIJURICIDAD / FALSEDAD DOCUMENTAL. Es lo cierto que orientándose el reclamo hacia el aspecto de la antijuricidad de la conducta para pregonar con apoyo en el artículo 4º del Código Penal este aspecto del delito como concepto insito del tipo y de todo tipo penal, que no puede concebirse carente de la noción de antijuricidad, y en relación con la cual puede acaecer una errada interpretación con incidencia en la tipificación o en la punibilidad. / Cierto es que nuestro Código Penal en su título VI dice tutelar la fe pública para luego relacionar en capítulos separados las distintas formas de violación de ese bien; pero de igual manera, también lo es que ni la jurisprudencia -ni la doctrina- consideran hoy por hoy que sea sólo ese abstracto ideal el que el Estado pretenda protegea, sin anclaje en las realidades concretas del devenir humano, pues ello no sería más que desconocer las interrelaciones de ese bien con la actividad documentaria, esto es, la inobservancia del principio de la antijuricidad como medida de la dañosidad de la conducta. / En materia de falsedad documental, ciertamente lo que se considera en nuestro sistema es que la afectación real o potencial del bien jurídico de la fe pública esté en obligada relación con el tráfico jurídico propio que en un momento sea dado al documento de acuerdo con su naturaleza, objetivo, valor y capacidad probatorios. / En materia de documentos públicos la legislación del país -que al igual que para los documentos privados exige que el documento falseado "pueda servir de prueba"-, no requiere expresamente el daño como condición de la configuración delictiva, sino que deja su inferencia al caso concreto y a los principios basilares de la teoría del delito. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. 93-11-25. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Eduardo Pinzón H. y otro. Delito: Falsedad documental. Radicación No.: 8128 1021

REBAJA DE PENA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COMPETENCIA.

Pág.

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 motivada la resolución que haga cesar o rebajar una pena o medida de seguridad, cuando la sentencia se halle ejecutoriada por la entrada en vigencia de una ley que resulta favorable a los intereses del condenado. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación. 93-12 01. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: José Ernesto Pantano. Delito: Porte de armas y hurto calificado y agravado. Radicación No.: 8840 1031

NULIDAD/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/PRUEBA. El practicar una prueba ilegalmente no invalida el proceso; la consecuencia es que esa diligencia no debe ser tenida en cuenta para sustentar ninguna decisión. / No resulta lógico ni jurídico pretender comprobar una nulidad con argumentos propios de la violación indirecta de la ley sustancial por supuesta apreciación de la prueba. Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. 93-12-01. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior de Orden Público. Acción: José Luis Benítez. Delito: Homicidio agravado, hurto y otros. Radicación No.: 7344 1033

CASACION DISCRECIONAL. La concesión del recurso de casación previsto como excepcional y discrecional en el último aparte del artículo 218 del C. de P. P. se halla supeditada a una condición ineludible: que la Corte considere necesario aceptar el recurso "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Y para que la Corte llegue a considerar esa necesidad, debe contar con las argumentaciones pertinentes del interesado expuestas en su solicitud. Magistrado Ponente: Doctor *Diáimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-12-02. Decisión: No admite el recurso. Procedencia: Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué. Acción: Germán Cruz Granobles. Delito: Lesiones personales. Radicación No.: 8941 1046

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/COMPETENCIA/DETENCION DOMICILIARIA. La Corte viene pronunciándose única y exclusivamente respecto de las solicitudes de libertad con apoyo en el numeral segundo del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 (numeral 2º del artículo 415 del C. de P. P.), en virtud a que en forma expresa el legislador dispone que la "libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista"; es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación. / El artículo 53 de la Ley 81 del corriente año atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención

Pág.

domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal dificultad se la atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obren en el plenario, competencia que la Corte sólo tiene en casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente, ya que ello implicaría un pronunciamiento anticipado con violación del debido proceso. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Notas: Salvamento de voto: doctores Guillermo Duque Ruiz y Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. 93-12-02. Decisión: Se abstiene de considerar petición. Acción: Héctor José Campos Bonilla. Radicación No.: 8573 1050

DETENCION DOMICILIARIA (SALVAMENTO DE VOTO). Aun cuando no se trata de una excarcelación, porque el procesado de todas maneras quedaría privado de la libertad, no se puede negar que la "detención domiciliaria" constituye un beneficio para el detenido. Y si por lo que acaba de expresarse no cabe duda alguna de que se está en presencia de una ley favorable, por mandato constitucional (artículo 29) y legal (artículos 6° del Código Penal y 10 del Código de Procedimiento Penal) ha debido dársele aplicación retroactiva. Pero la mayoría de la Sala, con su determinación, privó al procesado de este derecho, sólo porque entre las funciones de la Corte no está expresamente prevista la de resolver esta clase de solicitudes. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Notas: Salvamento de voto: doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto Casación, 93-12-02. Radicación No.: 8573 1053

DETENCION DOMICILIARIA (SALVAMENTO DE VOTO). La petición formulada por el procesado consiste en la sustitución de la medida de aseguramiento que le fue impuesta -detención preventiva por detención domiciliaria-, solicitud que no podía resolverse simplemente aduciendo incompetencia de la Corte, ya que eso deja en el limbo el interés del acriminado, pues no se define a quién corresponde entonces pronunciarse, dando como resultado que es una petición que se queda sin respuesta porque no hay funcionario que pueda darla. / De otra parte, por la misma razón de ser una sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, creo que la Sala, a cuyas órdenes está privado de la libertad el acusado, tiene competencia para decidir y debía hacerlo, con mayor razón puede sobre el cambio de la modalidad de detención. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge*

Pág.

Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto: doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. 93-12-02. Radicación No.: 8573 1055

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA. La acción de revisión no es un simple alegato de instancia en el que el accionante tiene la libertad para proponer la reapertura del debate probatorio sobre los mismos elementos de juicio tenidos en cuenta en las instancias para el fallo adverso a sus intereses. Su especialísima misión de remediar un ostensible y cierto error judicial, desquiciando la cosa juzgada, obliga a su proponente a cumplir con una serie de requisitos formales, entre los que se encuentra el de presentar la causal que invoca acompañada de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud. / Esta acción especialísima posee un ámbito circunscrito específicamente a las causales perseguidas en la normatividad. / Las providencias quedan en firme sólo cuando se han agotado los trámites procesales, entre ellos la resolución de los recursos, sean ellos favorables o no a quien los promueve, pues mientras el superior decide, el proveído queda en suspenso / La causal quinta permite la revisión del proceso si se demuestra que el fallo se fundamentó en una prueba falsa, como, por ejemplo, cuando la prueba de cargo se basa en las deposiciones que luego se demuestra están mendaces. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Acción de revisión. 93-12-02. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Armenia. Acción: Carlos Ocampo G. Delito: Secuestro extorsivo. Radicación No.: 8939 1057

COLISION DE COMPETENCIA / TERRITORIO / COMPETENCIA A PREVENCION. La competencia por razón del territorio se radica en el Juez del lugar donde se realiza el hecho punible. A partir de esta premisa general, cuando se trata de delitos que afectan el patrimonio económico a efectos de fijar la competencia por este factor, deberá mirarse exclusivamente el lugar donde físicamente se produce la apropiación ilegal, independientemente de consideraciones sobre la forma como se tuvo acceso a la cosa. Ello porque en ese específico sitio donde se produce la concreta lesión a dicho bien jurídico, por el apoderamiento del objeto que es la hipótesis comportamental recogida en el respectivo tipo. / Cuando el lugar de comisión del hecho punible es incierto, el conocimiento del proceso queda regido por la llamada "competencia a prevención" a que se refiere el artículo 80 del C. de P. P. Será, entonces, competente -cuando de estos eventos se trata- el Juez donde primero se haya formulado la denuncia o donde primero se hubiese proferido resolución de apertura de instrucción, siempre que también lo sea por naturaleza misma del hecho. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Auto Colisión de Competencias. 93-12-02. Decisión: Dirime colisión. Procedencia: Juzgado Primero Penal de Neiva. Acción: Pedro

Pág.

Leonardo Sanabria. Delito: Hurto agravado. Radicación No.: 8943 1063

ACCION DE REVISION. Actualmente el accionante (la revisión es hoy día una acción, no un recurso como antes) está obligado a alegar de conclusión. La ley consagró esta carga procesal a manera de sustentación de la acción. De suerte que si el accionante no sustenta, la acción debe declararse desierta. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia: Casación 93-12-03. Decisión: Declara desierta la acción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Julián Pasquel Quiñonez. Delito: Homicidio agravado. Radicación No.: 8179 1067

CAMBIO DE RADICACION / RECUSACION. El Código de Procedimiento Penal tiene previstos mecanismos ágiles, eficientes y menos excepti vos que el cambio de radicación y que le permiten al afectado entrar a recusar -probando eso sí la causal- al funcionario si está convencido de su parcialidad y del motivo que la alienta. Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Notas: Salvamento de voto: doctor Gustavo Gómez Velásquez. Cambio de radicación. 93-12-06. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto. Acción. Edmundo Arturo Martínez. Delito: Lesiones personales. Radicación No.: 8944 1070

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA. Durante el trámite del recurso de casación la ley no tiene prevista etapa probatoria que le permita a la Corte desatar la impugnación extraordinaria con base en pruebas distintas de las legalmente producidas en el informativo. Su labor se contrae a confrontar la sentencia de segundo grado con las pruebas obrantes en el proceso. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Auto Casación. 93-12-07. Decisión: Niega traslado de pruebas. Acción: Angel Custodio Rojas. Radicación No.: 8443 1073

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. La condena de ejecución condicional puede ser otorgada en una de estas tres oportunidades: en la sentencia de primera instancia porque el Juez la considera procedente; en la de segundo grado cuando al resolver la impugnación o la consulta el superior mantiene la condena pero revoca la negativa del beneficio y en sede de casación en el evento que habiendo sido expresamente alegada prospere la demanda en ese sentido. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Auto Casación. 93-12-07. Decisión: Se abstiene. Acción: Uriel López Muñoz. Radicación No.: 8651 1075

COLISION DE COMPETENCIA / FISCALIA / COMPETENCIA. La estructura de la Fiscalía cuenta con diversos niveles de organización en forma tal, que los recursos e incidentes que se presenten dentro de esta etapa de investigación

Pág.

son conocidos y resueltos por los mismos funcionarios de la Fiscalía, sin intervención de los jueces. En estas condiciones, los conflictos de competencia que se susciten entre fiscales instructores serán resueltos por los respectivos superiores. / Como consecuencia de lo anterior, es lógico y jurídico dentro del sistema imperante que las colisiones de competencia que puedan suscitarse entre un Fiscal Delegado o Fiscal Regional deban ser resueltas por los respectivos superiores dentro de la órbita de la Fiscalía General. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Auto Colisión de Competencias 93-12-07. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Toledo. Acción: Gustavo Adolfo Gómez y otros. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación No.: 8982 1078

LIBERTAD PROVISIONAL/OBLIGACIONES. Lo procedente cuando de libertad provisional se trata es imponer las obligaciones señaladas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal; es decir, la de presentarse cuando el funcionario competente lo solicite, observar una buena conducta, informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización del funcionario de conocimiento, las cuales deben cumplirse hasta cuando no se disponga otra cosa. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Auto Casación 93-12-09. Decisión: Suspende las presentaciones. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Gersaín Mera y otro. Radicación No.:8578 1081

RECURSO DE HECHO. La ley concede al impugnante tres (3) días para la sustentación del recurso ante el superior. / Dispone también la norma que dicho término se cuente a partir del recibo de las copias, o sea a partir de que éstas lleguen físicamente a la Secretaría encargada de su contabilización, que no es otra que la Secretaría correspondiente al Despacho de funcionario que debe resolver el asunto. / Ha de entenderse, así mismo, que dicho término no corre fatalmente desde el momento mismo del recibo de las copias, sino a partir del día hábil siguiente. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Recurso de hecho. 93-12-13. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Harold Henríquez Gallo. Delito: Homicidio imperfecto. Radicación No.: 8945 1083

CASACION DISCRECIONAL. En tratándose de casación discrecional o excepcional, el actor debe sustentar al momento de interponer el recurso extraordinario, con miras a que la Sala de Casación Penal estudie y decida si procede o no la impugnación, y posteriormente, si se admite el recurso, presentar la respectiva demanda de casación. En el fondo, al censor le corresponde efectuar dos sustentaciones, siendo la primera de ellas la

Pág.

orientada exclusivamente a establecer la necesidad de que la Corte admita el recurso por la vía excepcional, pues se parte de la base de que el recurso no es en principio procedente, bien porque no se cumple con el requisito de la pena o porque la sentencia de segunda instancia no ha sido dictada por el Tribunal. Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Sentencia Casación. 93-12-13. Decisión: Decreta la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Gildardo Carvajal. Delito: Invasión de tierras. Radicación No.: 8919 1085

RECURSO DE REPOSICION / DEBIDO PROCESO. Es innegable que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 201 del C. de P. P. solamente en dos circunstancias la providencia que decide un recurso de reposición puede ser impugnada: a) Cuando contenga puntos no decididos en el anterior (puntos nuevos), y b) Cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de lo decidido en la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir. / Cuando la norma habla de "puntos no decididos en el anterior", no se está refiriendo a omisiones del funcionario, sino a los aspectos nuevos de trascendencia jurídica como ocurriría, por ejemplo, cuando el funcionario define situación jurídica imputándole un único hecho punible al procesado y éste recurre en reposición para que se le revoque, y obtiene por respuesta la extensión de la medida precautelativa a uno o dos delitos más. Esta circunstancia es necesariamente un punto nuevo no decidido en el anterior auto impugnado, generando obviamente el derecho a recurrirlo como si fuese éste un inicial proveído. / Cuando la norma referida hace mención al segundo aspecto que permite recurrir, el interés sobreviniente de alguno de los sujetos procesales obviamente atiende a que un sujeto procesal diferente del considerado en el auto que decidió la reposición, como sería el caso también, a manera de ejemplo, del funcionario que al decidir la reposición del auto de detención que profirió contra uno solo de los procesados, decide extenderlo a otro u otros vinculados. Naturalmente que éste o estos nuevos afectados con la medida adquieren el derecho a impugnar ese proveído. No se trata entonces de cualquier interés respecto del mismo sujeto procesal de que se ocupó el auto impugnado, puesto que todo cambio jurídico que respecto de él ocurra en el auto que decide la reposición será siempre considerado 'hecho nuevo' y como tal, entra naturalmente en la primera hipótesis ya analizada. / La prevalencia del derecho sustancial sobre el formal a que se refiere el artículo 228 de la Carta no implica el desconocimiento del rito fundamental correspondiente porque ése es el "debido proceso" que como derecho fundamental consagra la Constitución y recoge la respectiva ley, a la cual está obligado todo Juez en los términos del artículo 230 de la misma Carta. / El derecho de postulación está sometido a las reglas generales del procedimiento ordinario

Pág.

entre las cuales se cuenta la de la preclusión, por virtud de la cual si el procedimiento ha concluido, con él terminó toda posibilidad de retrotraerlo, y lo segundo, que frente a los requisitos de procesabilidad no es dable alegar favorabilidad. Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Auto Casación. 93-12-14. Decisión: Declara improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Robinso R. Rada: Delito: Infidelidad a los deberes profesionales. Radicación No : 8713 1088

RESPONSABILIDAD. Son los propios principios del derecho penal los que involucran todos los factores que conforman la conducta del hombre para llegar a sancionarlo. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Unica Instancia. 93-12-14. Decisión: Absuelve. Procedencia: Corte Suprema de Justicia Acción: Guillermo Escobar Mejía, ex Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín. Radicación No.: 4302 1094

RESOLUCION DE PRECLUSION DE LA INVESTIGACION / DEMANDA DE CASACION. La resolución de preclusión de la investigación no es susceptible del recurso de casación porque cuando el legislador ha querido extender los recursos extraordinarios a providencias distintas de las sentencias, lo ha dicho expresamente como en el recurso de revisión (inciso final del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal). Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Recurso de hecho. 93-12-15. Decisión: Confirma providencia. Procedencia: Tribunal Superior del Disrito Judicial de Tunja. Acción: Carlos Eduardo Vera. Radicación No.: 9000 1107

CAMBIO DE RADICACION / JUEZ. El cambio de radicación es un instituto procesal de naturaleza extraordinaria y carácter excepcional que varía las normas generales de competencia por el factor territorial, permitiendo el desplazamiento del Juez natural. Tiene como finalidad, según la preceptiva del artículo 83 del C. de P. P., garantizar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado. / Su aplicación es restringida y sólo puede fundamentarse en circunstancias debidamente probadas mediante elementos de prueba idóneos, que conduzcan a la convicción de que, en efecto, se está en presencia de alguna de las situaciones previstas por la ley que sólo pueda conjurarse mediante el cambio de radicación. Esta exigencia excluye, de contera, las meras hipótesis, las suposiciones, el simple análisis subjetivo del peticionario y, en fin, las apreciaciones personales de los hechos que se esgrimen como fundamento de la pretensión. / El desplazamiento del juez natural por razón del territorio sólo procede por causas externas al Juzgador; pues, de lo contrario, si el temor que existe hacia una correcta administración de justicia deviene de

Pág.

causas atribuibles a un funcionario en particular, el instituto llamado a regular la situación es el de los impedimentos y las recusaciones y en modo alguno el del cambio de radicación. / Los jueces en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia sólo están sometidos al imperio de la ley, apareciendo como su deber primordial obrar con absoluta independencia de criterio, con abstracción completa de opiniones de los medios de comunicación y de los ciudadanos así como de las personales de todo orden de quienes son objeto de juzgamiento. Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Cambio de radicación. 93-12-15. Decisión: No accede al cambio. Acción: Tirso Agapito Correa y otros. Delito: Prevaricato. Radicación No. 8979 1110

CASACION DISCRECIONAL. Para el acceso excepcional al recurso extraordinario de casación, con base en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, se deben tener en cuenta las siguientes exigencias: 1. El ataque debe dirigirse contra sentencias de segunda instancia e intentándose, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de dicho fallo. 2. Como sujetos legitimados para recurrir El Procurador General de la Nación o su delegado, el defensor o el procesado. 3. La finalidad del recurso, además del desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales, debe integrarse con los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal. 4. En el escrito el recurrente deberá demostrar a la Sala fundadamente y con claridad las causales que lo motivaron para acudir a esta vía excepcional; y la necesidad del pronunciamiento de la Corte, cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas antagónicas. / El no cumplimiento de tan estrictos requisitos hace que la Corte no pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues no basta la simple intención del actor para recurrir por esta vía, toda vez que se perdería la esencia misma del instituto -la excepcionalidad-, contrariando la naturaleza y postulados de la casación y la voluntad del legislador. Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Auto Casación. 93-12-16. Decisión: No admite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Martha Patricia Espinal. Radicación No.: 8980 1116

INDICE ALFABETICO

TEMA	Pág.
ABOGADO	337
ACCION CIVIL	116,869
ACCION DE REVISION	78,89,133, 175,248,429, 450,720, 1.057, 1.067
ACCION DISCIPLINARIA	290,598
ACCION PENAL	290,869
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS	209,564
AMNISTIA	266
ANTECEDENTES	310,452
ANTIJURIDICIDAD	7,461,1.021
APELACION	133,266,885, 919
APELACION (ACLARACION DE VOTO)	276
APELACION (ADICION DE VOTO)	137
ARMA	620
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES	848
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS	945
AUDIENCIA PUBLICA	441

TEMA	Pág.
AUTO DE CIERRE DE INVESTIGACION	505
AUTO INHIBITORIO	614
AUTO INTERLOCUTORIO	290
AUTOR	481
AUTOR (INTELECTUAL)	337
CALIFICACION DEL SUMARIO	297
CAMBIO DE RADICACION	953, 1.070, 1.110
CAPTURA	496
CARGOS EXCLUYENTES	889
CASACION DISCRECIONAL	96, 100, 243, 261, 409, 601, 885, 1.046, 1.085, 1.115
CASACION OFICIOSA	505, 545, 834
CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS	183
CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS (SALVAMENTO DE VOTO)	190
CESACION DE PROCEDIMIENTO	266
CIERRE DE INVESTIGACION	290
CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION	424
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA	470, 575, 941
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)	22, 580

TEMA	Pág.
CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA	787, 931, 941
COHECHO	67
COLISION DE COMPETENCIA	36, 160, 162, 306, 491, 598, 945, 991, 1.063, 1.078
COMPETENCIA	43, 125, 146, 148, 261, 355, 527, 534, 667, 770, 848, 1.031, 1.050, 1.078
COMPETENCIA A PREVENCION	1.063
COMPLICE	481
COMPLICE (SALVAMENTO DE VOTO)	761
CONCURSO APARENTE DE TIPOS	197
CONCUSION	67, 897
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL	264, 310, 313, 632, 1.075
CONFESION	55, 435, 589, 815
CONSULTA	476
CONTRAVENCION	770
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	125, 162, 1.050
COSA JUZGADA	248
CUERPO TECNICO DE POLICIA JUDICIAL	609
CULPA	649, 829
CULPABILIDAD	7, 197, 461

G. JUDICIAL - PLENA, [illegible]

TEMA	Pág.
DEBIDO PROCESO	216, 564, 746, 804, 1.088
DEFENSA TECNICA	777
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO	797
DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL	197
DEMANDA DE CASACION	48, 103, 167, 255, 355, 381, 393, 404, 409, 457, 514, 520, 538, 556, 564, 582, 589, 649, 671, 690, 698, 712, 733, 763, 834, 859, 889, 909, 933, 962, 967, 977, 985, 1.013, 1.073, 1.107
DEMANDA DE REVISION	175
DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION	424
DERECHO DE DEFENSA	148, 369, 413, 804, 863
DETENCION DOMICILIARIA	595, 1.050
DETENCION DOMICILIARIA (SALVAMENTO DE VOTO)	1.053, 1.055
DETERMINADOR	337
DICTAMEN	279
DOLO	829
EMBARGO	125, 219
ENRIQUECIMIENTO ILICITO	279, 361
ERROR DE DERECHO	103, 110, 476, 496, 909

TEMA **Pág.**

ERROR DE HECHO 337, 476, 496, 634, 804, 909, 922

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 67, 369, 520, 962

EXTORSION 897

EXTRADICION 138, 742

FALSEDAD 313

FALSEDAD DOCUMENTAL 1.021

FALSO JUICIO DE CONVICCION 556, 603, 634, 662, 712, 955

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 620

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD 110

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA 369, 470

FISCAL 667

FISCAL GENERAL 491

FISCALIA 1.078

FLAGRANCIA 575, 897

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE 693

FUERO 361

HOMICIDIO AGRAVADO HURTO 197, 297

HURTO AGRAVADO 25

HURTO AGRAVADO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 34

IMPEDIMENTO 447

IN DUBIO PRO REO 197, 582, 777, 848, 985, 1.013

INASISTENCIA ALIMENTARIA 534

TEMA	Pág.
INCULPABILIDAD	829
INDAGATORIA	404, 703
INDICIO	236
INDUCTO	266
INEXISTENCIA	110
INIMPUTABILIDAD	148, 642, 829, 1.013
INSPECCION JUDICIAL	81
INTERES EN EL PROCESO	447
INVESTIGACION	385, 746
IRA E INTENSO DOLOR	420, 582, 787, 815
IRREGULARIDAD	546
JUEZ	258, 313, 337, 385, 620, 1.110
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS	1.031
JUEZ DE MENORES	491
JUEZ REGIONAL	36, 491, 848, 991
LEGITIMA DEFENSA	564
LEGITIMACION EN CAUSA	667
LIBERTAD	450
LIBERTAD CONDICIONAL	452
LIBERTAD DEL PROCESADO	125
LIBERTAD PROVISIONAL	64, 264, 310, 632, 931, 1.081

TEMA	Pág.
MEMORIAL IRRESPETUOSO (SALVAMENTO DE VOTO)	
MOTIVACION	393
NON BIS IN IDEM (ACLARACION DE VOTO)	235
NON BIS IN IDEM (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)	22
NOTIFICACION	804
NULIDAD	48, 67, 110, 148, 167, 290, 369, 385, 401, 413, 564, 746, 752, 770, 801, 829, 897, 909, 919, 962, 967, 1.033
OBLIGACIONES	1.081
PARTE	404, 441, 667
PARTE CIVIL	777
PECULADO POR APROPIACION	7.297
PENA	575, 787
PENA ACCESORIA	148, 393
PERITAZGO	313, 413
PERITO	148
PERJUICIOS	48, 649, 797, 869
PORTE ILEGAL DE ARMAS	915
PRESCRIPCION	693, 787
PRESCRIPCION (SALVAMENTO DE VOTO)	791
PREVARICATO	219
PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD	243
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	103

TEMA	Pág.
PRINCIPIO DE PRECLUSION	243
PROCEDIMIENTO PENAL	243
PROCURADOR REGIONAL	146
PRUEBA	103, 138, 216, 236, 313, 337, 413, 505, 642, 863, 933, 949, 1.005, 1.033, 1.073
PRUEBA FALSA	1.057
PRUEBA NUEVA	39, 720
REBAJA DE PENA	55, 435, 1.081
RECEPTACION	527
RECURSO DE HECHO	1.083
RECURSO DE REPOSICION	1.088
RECUSACION	142, 1.070
REDENCION DE PENA POR TRABAJO	127
REFORMATIO IN PEJUS	116, 476, 649, 703, 727, 977
REPOSICION	266, 761, 949
RESOLUCION DE ACUSACION	313, 424, 505, 575, 787, 863, 941, 945
RESOLUCION DE ACUSACION (SALVAMENTO DE VOTO)	794
RESOLUCION DE PRECLUSION DE LA INVESTIGACION	1.107
RESPONSABILIDAD	1.094
RESTITUCION	116

TEMA **Pág.**

SANA CRITICA 103, 197, 313, 413, 496, 589, 603, 620, 634, 662, 698, 777, 955, 1.003

SECUESTRO EXTORSIVO 43

SENTENCIA 55, 81, 575, 763, 897, 941, 962

SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA 36

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD 424

TARIFA LEGAL 603

TENTATIVA 97

TENTATIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 207

TERMINO 255, 258

TERRITORIO 1.063

TERRORISMO 491

TESTIMONIO 110, 337, 589

TIPICIDAD 461

TRIBUNAL NACIONAL 43

UNICA INSTANCIA 146

UNIDAD PROCESAL 385, 404, 770

VERSION LIBRE 609

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 393, 575, 733, 834, 859, 974, 977, 996

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 81, 110, 369, 496, 520, 804, 834, 859, 974, 996, 1.033

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DEL LIBRO DE LA

«GACETA JUDICIAL SALA PENAL 2º SEMESTRE –2ª PARTE– DE 1993»

Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN MARZO DE 1996.

IMPRENTA NACIONAL